وزارة التعليم العالى والبحث العلمي

* جامعة الجزائر *

معهد العلوم القانونية والادارية
بن عكنون

استعمال الحق
كسبب للتبرير
في القانون الجزائري المقارن

رسالة لنيل دكتوراة الدولة في القانون الجنائى

مقدم الرسالة : تحسين درويش

اشراف الدكتور : ثروت أنيس الأسيوطى

نوقشت الرسالة يوم : .... الواقع في : 1984

أمام اللجنة :

الدكتور : .... رئيسا : ....
الدكتور : .... مقررا : ....
الدكتور : .... عضوا : ....
الدكتور : .... عضوا : ....
الدكتور : .... عضوا : ....
الدكتور : .... عضوا : ....

المقدمــــة

لا ريب أن القانون ظاهرة اجتماعية يستمد مضمونه من الظروف الواقعية للحياة .. لمعيشة البشر ومصالحهم ، وهو وليد الصراع بين تلك المصالح ، ينتقي البعض منها ويرجحه على البعض الآخر ، ويقرر له الحماية القانونية ، تلك المصالح (المرجحة) تصبح حقوقا ، سواء أكانت مادية أو معنوية .

ومثالها : حق الحياة .. وحق المحافظة على جسم الانسان ضد أي اعتداء عنفا كان أو ضربا أو جرحا ، وكذلك حق المحافظة على كرامة وشرف واعتبار الانسان ضد أي خدش .

فهذه مصالح مرجحة من قبل العقلاء في المجتمع والمشرع ، لذلك تضمنها القانون وحماها نصا وسلطة عند الاقتضاء ، وان كان لمرتكبها مصلحة في اتيانها ، الا أن المصلحة العامة في حمايتها أجدر وأولى .

وبما أن المصالح دائما في صراع .. رأى المشرع أن هناك حالات خاصة ، يكون فيها الاعتداء (لا يقصد الاعتداء) وجود ما ، على تلك المصالح المحمية بالقانون ، أولى من الحماية المسبوغة عليها . (1)

(1) انظر : محمد سلام مدكور : الاباحة عند الاصوليين والفقهاء - دار النهضة العربية - طبعة ثانية - ص : 32 .
- د : رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - منشأة المعارف - طبعة ثالثة - ص : 323 .

ومثالها :

1) التأديب : وبالضرب ، الذي يمارسه الزوج على زوجه .
2) التأديب : وبالضرب ، الذي يمارسه الوالد على ولده .
3) الجرح : الجرح الذي يحدثه (الطبيب) في جسم مريضه ، ولموافقته الى وقايته ، وكذلك اعطاء الدواء ..
4) الضرب أو الكسر أو الوفاة : الذي يسببه لاعب رياضي لزميل أو خصم أثناء الرياضة .
5) العنف : الذي يرتكبه انسان على آخر شاهده متلبسا بجريمة معاقب عليها بالحبس ، ورفض أو قاوم الحضور الى رجال الضابطة العدلية .(1)
6) النقد : الذي يشكل قذفا أو سبا ، والذي يحدث أثناء جلسات أعضاء المجالس النيابية أو لجانها ، أو أثناء الجلسات القضائية من طرف الخصوم ..

هذه الأفعال وغيرها ، تشكل اعتداء على حقوق أو مصالح حماها القانون .

ومع ذلك فانها اذا ما ارتكبت من قبل من له الحق (على محل الحق) بشروطها (دون خطأ أو تجاوز) يبررها القانون ورغم عنها وصف الجريمة ، ورجحها على تلك المصالح أو الحقوق المحمية .

لماذا ..؟

لأنها تعتبر : = استعمالا لحق = يبرره القانون ، وأذن باستعماله .

(1) انظر : المادة : 61 قانون اجراءات جزائري لعام : 1966 .
والمادة : 4 قانون عقوبات عراقي لعام : 1969 معدل : 1973م .

اذن هناك :

أولا : جرائم لا عقاب عليها ترتكب باسم : (استعمال الحق

المبرر أو المباح .. ضمن نظام قانوني ..

- ما هو النظام القانوني .. وأين مكان أعمال التبرير

منه .. ما هي أعمال التبرير أو أسباب الاباحة ..

ما طبيعتها .. ما شروطها .. وما الفرق بينها وبين :

موانع المسئولية والعقاب .. ما عناصرها .. وأين استعمال

الحق منها ...؟

- وللحق ماهية .. طبيعة .. هل هو : واجب .. سلطة ..

أم هو : مصلحة .. ما غاية الحق .. هل هو : مطلق ..

أم : نسبي .. ما ضوابط استعماله ...؟

هذا ما سيجيبنا عليه : الباب الأول - من هذه الرسالة ..

تحت عنوان : استعمال الحق .(كباب تمهيدي).

ثانيا : ولاستعمال الحق شروط .. ما هي تلكم الشروط ..

- واذا ما وقع تجاوز في الاستعمال .. أو جهل ..

أو غلط .. ما حكم ذلك ....؟

هذا ما يجيبنا عليه أيضا : الباب الثاني ..

تحت عنوان : شروط استعمال الحق .

ثالثا : وأيضا : لاستعمال الحق .. محل للتطبيق ..

ترى : من يقع عليه (استعمال الحق) المبرر قانونا .

هل : تأديب الزوجة .. والأولاد .. وممارسة الطبيب لعمله .. والرياضي لرياضته .. والقابض على المجرم المتلبس بجريمته .. والنافذ في قذفه وسبه ..

تعتبر من تطبيقات استعمال الحق ...؟

هذا ما سنراه في الباب الثالث..

==============

تحت عنوان : تطبيقات استعمال الحق .

وهكذا : تتجلى : أهمية.. ومضمون الرسالة .. ذات الموضوع : استعمال الحق .. كسبب للتبرير..

مضمون الفقرة الأولى من المادة : 39 عقوبات جزائري .

الذي سنبحثه : في القانون الجزائري المقارن .

مبوبنا في الشكل التالي :

- الباب الأول : استعمال الحق .. (باب تمهيدي)

- الباب الثاني : شروط استعمال الحق ..

- الباب الثالث : تطبيقات استعمال الحق ..

=====(في كل باب فصلين)=====

- مع خاتمة ... وذكر لأهم النتائج ..

سبيلنا الى ذلك : البحث الموضوعي ..

والمنهج الاجتماعي .. (بقدر ما يتطلبه البحث).

تمهيد :

نقسم هذا الباب الى فصلين ، نبحث في :

ـ الفصل الأول : التبرير...

ـ الفصل الثاني : الحق...

كما نبحث الفصل الأول : في فرعين :

ـ أعمال التبرير في النظام القانوني .

ـ استعمال الحق من أعمال التبرير .

والفصل الثاني في فرعين أيضا :

ـ ماهية الحق ...

ـ ضوابط استعمال الحق (بصورة موجزة)...

الفرع الأول

أفعال التبرير في النظام القانوني .

نتطرق هنا الى النقاط التالية : (في أربعة مباحث).

- النظام القانوني ...
- القانون الجنائي ...
- الجريمة ...
- أركان الجريمة وأفعال التبرير ...

المبحث الأول

النظام القانوني .

يقصد بالنظام القانوني : مجموعة القوانين السائدة في دولة معينة ، وهو يشتمل على كل القوانين النافذة والمعمول بها .. مثال : القانون الدستوري .. المدني .. الجنائي .. الاداري .. التجاري .. المالي .. والأحوال الشخصية .. الخ .

وهذا لم يعرف ويقنن دفعة واحدة ، بل جاء كالبنيان لبنة لبنة .. وقاعدة قاعدة حتى غدا متكاملا .. وذلك نتيجة المراحل التاريخية الكبرى التي قطعها الانسان وهو يصعد سلم الحضارة .. متلائما تارة .. وثائرا أخرى .. مع وعلى ظروف معيشته من طبيعة وفلسفة ذات نظرة خاصة للكون .. وتشريع اجتماعي .(1)

(1) د . محمود السقا : فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ـ دار الفكر 1978 .
ـ د : حسن شحاته سعفان ـ علم الانسان ـ مكتبة العرفان بيروت ـ 1966م .
ـ د : علي راشد ـ القانون الجنائي ـ دار النهضة ـ 1974م . ص : 12 .

= وهذه القواعد أو القوانين ، وان كانت مختلفة باختلاف طبيعة الموضوعات التي تنظمها ، فهي متكاملة تتضامن فيما بينها في تنظيم المجتمع ، فلا يغني بعضها عن بعض ، وهي متسقة لا تعارض بينها = .[1]

متساندة بحيث أن تطبيق بعضها قد يقتضي الرجوع الى البعض الآخر .

وان النظام القانوني باختصار هو : شريعة الدولة .[2]

وينقسم الى قسمين :

— عام ..

— وخاص ..

1) فالقانون العام : هو الذي ينظم العلاقات بين الدولة والأفراد ، أو بين سلطات الدولة فيما بينها ، ومن فروعه : القانون الدستوري والاداري ..

2) والقانون الخاص : هو الذي ينظم العلاقات بين الأفراد فيما بينهم ، ومن فروعه : القانون المدني والتجاري ..

أما القانون الجنائي : فقد اختلف في مكانه من النظام القانوني ..

هل هو من : القانون العام أم الخاص..؟ وذلك نظرا لتداخل موضوعاته بين الدولة والأفراد ، فقد اعتبره البعض داخلا في القانون العام (مصر — سوريا) والبعض اعتبره داخلا في الخاص (الجزائر — فرنسا) ، والواقع هو يمت بصلة الى جميع فروع النظام القانوني ، وعلى كل فهو جزء من النظام القانوني في الدولة .

فما هو هذا : القانون الجنائي ..؟

(1 و 2) د : محمود نجيب حسني — المرجع السابق — ص : 5 .
د : رضا فرج — شرح قانون العقوبات الجزائري — القسم العام — الشركة الوطنية للنشر والتوزيع — ص : 9 .
د : رؤوف عبيد — مبادئ القسم العام من التشريع العقابي — دار الفكر العربي — 979 ط : 4 — ص : 48 .

المبحث الثاني

القانون الجنائي .

لا بد من التمييز بين حالتين في حياة المجتمعات البشرية :

1) حالة الفطرة والهمجية : حيث كانت تسود : شريعة الغاب .

2) وحالة النظام القانوني : حيث سادت : شريعة الدولة .

والقانون الجنائي مفهوم يصدق فقط على الحالة الثانية . فيقال بأنه : = حامي القيم والمصالح الاجتماعية الهامة في الدولة =.(1)

٣٨٤١٠٠

وهو في أصل معناه : قانون أو شريعة العقاب .

ولهذا يقال عنه : القانون العقابي أو القانون الجزائي .(2)

ووصف (جنائي) مشتق من لفظ (جناية) وهي كناية عن الجريمة بصفة عامة .

والجنائي : هي الأصل ، لأنها الفعل ، أما (العقوبة) فهي الأثر المترتب عليها ، ولا شك أن نسبة الأمور الى الأصل الثابت أسلم منطقا من نسبتها الى الأثر المتبدل .(3)

---

(1) د : محمد الفاضل — مبادئ القانون الجزائي — مطبعة الاحسان بدمشق — طبعة ثانيه — 1973م.
(2) حسن علام — التنفيذ العقابي — مطبوعات جامعة الجزائر 74 — 1975 .
— ريني جارو — بحث نظري وتطبيقي في قانون العقوبات الفرنسي — 1913 اص 61 .
— جورج فيدال — جوزيف ما نول : مدخل في القانون الجنائي وعلم السجون — 1947 — ص : 66 — 75 .

(3) د : علي راشد — المرجع السابق — ص : 9 و 23 و 109 .
— جارو : المرجع السابق — ص : 203 .

(1) د : زكي أخنوخ — مذكرة القانون الجنائي الدولي — مطبوعات جامعة الجزائر (ماجستير) 76 — 1977 ص : 2 .

وقد مرّت فلسفة القانون الجنائي ، أي مفهومه من حيث طبيعته ووظيفته ، بثلاث مراحل :

1) المرحلة الأخلاقية : وهي أطول المراحل الثلاث ، حيث يدور القانون الجنائي حول : الجريمة والمسئولية الجنائية .

2) المرحلة العلمية : التي لم يبدأ إلا منذ قرن من الزمان ، ويحتل : المجرم فيها ودفع خطره عن المجتمع ، ما تحتله الجريمة والمسئولية الجنائية ، في المرحلة الأولى .

3) المرحلة الاجتماعية : وهي ما زالت في بداية طريقها ، الى عالم اليوم ، حيث يكون — المجتمع ككل — هو محور القانون الجنائي ، للدفاع عن نفسه ضد ظاهرة الاجرام ، ولا شك أن القانون الجنائي الاجتماعي يلتقي مع فلسفة المجتمعات الاشتراكية .(1)

ويجدر بنا هنا أن نحدد الدراسات والقوانين والعلوم التي تسير في فلك (القانون الجنائي):

1) الفلسفة الجنائية ... 2) الفقه الجنائي .. 3) السياسة الجنائية .. وهذه تعتبر من الدراسات الأساسية .

4) القانون الجنائي الدولي .. 5) القانون الجنائي المقارن (قوانين ملحقة) .

6) علم البيولوجيا الجنائية .. 7) علم النفس الجنائي .. 8) العلوم الانسانية .

وهذه الثلاث تعتبر علوما غير قانونية .

9) علم التحقيق الجنائي الفني .. 10) علم النفس القضائي .. 11) علم السجون .. وهذه تعتبر علوما اجرائية مساعدة . (2)

---

(1) د : علي راشد — المرجع السابق ص : 109 .

(2) د : محمود نجيب حسني — المرجع السابق ص : 4 . علي راشد ص 126 .

ثم ان تعبير (القانون الجنائي) يشتمل على قانونين :

1) قانون العقوبات ، متضمنا القواعد الموضوعية .

2) و قانون الاجراءات ، متضمنا القواعد الشكلية .

منذ وقد صدر (قانون العقوبات الجزائري) بالأمر رقم : (156) عام : 1966م وقد عدل بالقانون رقم : 3 لعام : 1982م . كما صدر قانون الاجراءات الجزائري بالأمر رقم : (155) عام : 1966م وعدل بالقانون رقم : 4 لعام : 1982م متضمنا القواعد الشكلية .(1)

ثم ان قانون العقوبات الذي يتضمن القواعد الموضوعية ينقسم (تبويبا ودراسيا) الى قسمين :

1) قسم عام : ويضم (المبادئ والأحكام العامة) التي تشترك فيها كل الجرائم والعقوبات ، وتوصف بـ (المبادئ العامة) .

2) وقسم خاص : يجمع القواعد التي تحدد أركان كل جريمة على حدة ، والعقوبات المقررة لها ، ويوصف (بالتجريم) .

وقد أخذ المشرع الجزائري وغيره بهذا التقسيم ، فقد جاء في (الجزء الأول) من قانون العقوبات الجزائري الصادر بالامر رقم : 156 / 1966م (المبادئ العامة) تتضمنها المواد : 01 — 60) .

أما (الجزء الثاني) فقد تضمن (التجريم) في المواد : 61 — 468) .(1)

وبهذا فان بحث (الجريمة يدخل في (الجزء الأول ، (المبادئ العامة) التي تدخل في القسم العام من قانون العقوبات الذي هو جزء من القانون الجنائي ، وبالتحديد المواد (27 — 40) عقوبات جزائري . فما هي الجريمة ..؟

---

(1) الجريدة الرسمية عدد : 48 تاريخ : 8 / 6 / 1966م وعدد : 9 سنة : 19 ، 1982م تحدد يلي قانون العقوبات والاجراءات الجزائري بالقانون : 3 و 4 .
— محمد طالب يعقوبي — قانون العقوبات الجزائري — 1977م .
— قانون العقوبات السوري المعدل بالمرسوم : 85 تاريخ : 29 / 9 / 1953م .

المبحث الثالث

الجريمة .

عرف قانون العقوبات (البولوني) الجريمة بقوله :

= الجريمة هي فعل خطر من الناحية الاجتماعية = .(1)

بينما لم تعرف أغلب قوانين العقوبات ، ومنها القانون الجزائري ، الجريمة ، الا أن أغلبها قسمها (بحسب جسامتها) الى ثلاثة أنواع : (جنايات — جنح — مخالفات).(2)

بيد أن مفهوم الجريمة قد مر بثلاث مراحل تاريخية حاسمة ، ومتداخلة :

الأولى — المرحلة السحرية : عند الجماعات البدائية (مرحلة الطوطم والتابو) والجريمة هنا : مخالفة نهي روحي ، عقوبته غيبية ، فهي خطيئة جزاؤها بيد قوى خارقة للطبيعة ، هي : الأرواح ، انها مخالفة تحريم أمر أملته اعتقادات مقدسة ، أو : قدرة مجهولة .(3)

الثانية — المرحلة الدينية : عند الجماعات القديمة (مرحلة الأخلاق والدين) والجريمة هنا : مخالفة الأوامر والنواهي المرتبطة بالاعتقاد الديني .

(1) د: احمد فتحي سرور — اصول قانون العقوبات — القسم العام 1971م ص: 15 .
د: ثروت انيس الاسيوطي — مبادئ القانون (القانون) 1979م ص: 26 .
د: رؤوف عبيد — مبادئ القسم العام — دار الفكر العربي — 1979م ص: 52 — 57 .
(2) قانون العقوبات الجزائري المواد: 27 .. سوري 178 مصري: 09 .
(3) د: ثروت انيس الاسيوطي — المرجع السابق — 26 .

وكانت أشنع الجرائم تلك التي تمس حرمة هذه المعتقدات ، مثل : السحر أو التجديف على الآلهة والأنبياء ، والخروج على التعاليم الدينية بوجه عام ، لهذا : كانت العقوبات تصطبغ بفكرة الانتقام وتكفير الجاني عن ذنبه .(1)

الثالثة ـ المرحلة العلمية : عند الجماعات الحديثة ، مرحلة :

(العلم) الوضعي ، التي تمثل حصيلة ما وصل اليه الانسان من معرفة ، ومن محاولة تنظيمية للروابط الاجتماعية على أسس ثابتة من الحقائق الكونية والنفسية الوضعية . والجريمة هنا : تتمثل في الأفعال الضارة بالمجتمع ، أو الافعال التي تعتقد المجتمعات أنها ضارة بها ، عن صواب أو خطأ ، وهكذا : تتفاوت الحضارات المتنوعة بحسب تنوع ظروفها : الجغرافية ـ السياسية ـ الدينية والاقتصادية .

وفي هذه المرحلة (العلمية) أخذ مفهوم (الجريمة) وجهتي نظر من حيث : علمي ـ الاجتماع .
ـ والقانون .

1) فالجريمة من الوجهة الاجتماعية : سلوك جدير بالعقاب .

سواء عاقب المشرع الوضعي عليه أم لم يعاقب (والجدارة هنا بالعقاب) هي ضابط الجريمة ، وتحديد الجدارة يعود الى الرأي العام الشائع في مجتمع معين . من حيث تقديره للافعال التي تمس مصالحه الأساسية . والجريمة في هذا المعنى : تختلف من مجتمع الى آخر باختلاف العصور والأماكن .

---

(1) د : رؤوف عبيد ـ المرجع السابق ـ ص : 55 .
ـ د : عوض محمد ـ الوجيز في قانون العقوبات ـ القسم العام 1978م ص : 32 .
ـ عباس محمود العقاد : الله ـ كتاب الهلال ـ دار الهلال ص : 14 .
ـ محمد أبو زهرة : الجريمة ـ في الفقه الاسلامي ـ دار الفكر العربي ص : 24 .

كما ميز بين :

- جريمة طبيعية .
- وجريمة قانونية .

- فالجريمة الطبيعية : هي عدوان على شعور أخلاقي متوسط يسود في كل العصور والبلاد ، كالقتل والسرقة واغتصاب الاناث وقطع الطريق .

- أما الجريمة القانونية : فهي التي يخلقها القانون خلقا ، فهي : تجريم وليس اجراما تلقائيا ، كما في الجريمة الطبيعية .
ومثال الجريمة القانونية : التجسس - التآمر ضد أمن الدولة - مكافحة المخدرات - حمل السلاح - التهريب الجمركي عموما - ومخالفة أنظمة السير وغيرهم .(1)

2) الجريمة من الوجهة القانونية :

للجريمة من هذه الوجهة عدة معان :

1 - الجريمة الادارية : أو التأديبية ، وتكون في مجال الخطأ الاداري أو النظامي الذي يأتيه بعض الأشخاص التابعين لطائفة أو هيئة معينة تتمتع بنوع من الصفة الادارية أو العمومية .

2 - الجريمة المدنية : وتكون في مجال العمل أو التصرف الذي ينشأ عن ضرر للغير .

3 - الجريمة الجنائية : ومجالها قانون العقوبات الذي قسمها الى (جنايات - جنح - ومخالفات) واضعا العقوبة الملائمة لكل منها (م : 27 عقوبات جزائري).

(1) د : محمد نجيب حسني - المرجع السابق ص : 35 .
د : رؤوف عبيد - المرجع السابق ص : 271 د : محمد الفاضل ص : 53 .
د : علي راشد - المرجع السابق ص : 215 .

لكنه اذا اطلق لفظ (الجريمة) فانه ينصرف الى مدلولها الجنائي ، وهذا ما نقصده هنا في الرسالة .

وعليه :

فقد عرفت الجريمة الجنائية بتعريفين حسب وجهة نظر كل من : – الفقه التقليدي .

– والفقه الحديث .

1) ففي الفقه التقليدي : هي العمل فعلا كان أو امتناعا ، الذي يحظره القانون ذلك او يصف ويقرر له عقابا .

فالجريمة هنا عبارة عن : (فكرة قانونية).

2) وفي الفقه الحديث : هي الواقعة المطابقة على أحد نصوص التجريم اذا أحدثها انسان أهل للمسؤولية الجنائية .

فالجريمة هنا عبارة عن : (واقعة اجرامية) (1)

ولكن ما هي أركانها ..؟

---

(1) انظر في هذا الشأن :

د : رمسيس بهنام – النظرية العامة للقانون الجنائي – 1971 ط 3 .
د : محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات القسم العام 1974 ط 9 .
د : م . الوهاب حومد – الحقوق الجزائية العامة 1963 ط : 6 دمشق .
د : ابو اليزيد على المتيت – البحث العلمي عن الجريمة مؤسسة شباب الجامعة 1976 م .
د : محمود عثمان الهمشري – المسؤولية الجنائية عن فعل الغير 1969 ط : 1 .
د : أحمد فتحي سرور – المرجع السابق – ص : 143 .
د : عوض راشد – المرجع السابق – ص : 215 .
د : محمود نجيب حسني – مرجع سابق – ص : 36 .
د : رؤوف عبيد – مرجع سابق – ص : 171 .
د : محمد الفاضل – مرجع سابق – ص : 51 .
د : عوض محمد – مرجع سابق – ص : 29 .
– عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الاسلامي – ص 27 .
– محمد ابو زهرة – مرجع سابق – ص : 26 .
– السيد يس – دراسات في السلوك الاجرامي ومعاملة المذنبين ج 1 – 1978 ص 29 .
– جارو – مرجع سابق – 215 . (بالفرنسية) .
– فيدال ماجنول – مرجع سابق – ص : 78 (بالفرنسية) .

المبحث الرابع

أركان الجريمة .

نوعان من الأركان للجريمة :

- أركان عامة .
- وأركان خاصة .

- فالأركان العامة : هي ما يجب توفرها في كل الجرائم .
- أما الأركان الخاصة : فتخص كل جريمة على حدة .

وما يهمنا هنا : الأركان العامة .(1)

وللأركان العامة مفهومان : حسب وجهتي نظر كل من :

- الفقه التقليدي .
- والفقه الحديث .

1) :الفقه التقليدي :

الذي يعتبر الجريمة (فكرة قانونية) يصر على أن للجريمة ثلاثة أركان رئيسية هي : الركن الشرعي - الركن المادي - والركن المعنوي . ومن خلال هذه الأركان الثلاثة تكون دراسة (القسم العام) من قانون العقوبات (أي النظرية العامة للجريمة) ومن خلال الركن الشرعي تدرس (أفعال التبرير أو : أسباب الاباحة).

(1) د. علي راشد - مرجع سابق - ص 218 ,
د : أحمد فتحي سرور - مرجع سابق - ص : 4 .
د : أبو اليزيد المتيت - مرجع سابق - ص : 28 .
د : عوض محمد - مرجع سابق - ص : 185 .

2) أما الفقه الحديث :

والذي يعتبر الجريمة (واقعة اجرامية اجتماعية) فانه يستبعد الركن الشرعي الذي هو (الشكل) وخالق الجريمة ، والوعاء الذي يحتويها ويحدد أركانها ، ويعتبر أن للجريمة (ركنان) لا غير ، هما : (1)

- الركن أو الجانب المادي أو الواقعي .
- الركن أو الجانب الشخصي أو النفساني (الأهلية الجنائية) .

ويرفض هذا الفقه في نفس الوقت أن يتم تدريس (القسم العام) من قانون العقوبات من خلال (أركان الجريمة) بل يسير في خطة تتفق والمنهج (العلمي الاجتماعي) في دراسة (النظرية العامة للجريمة) ويبحث : (أفعال التبرير) كنظرية فرعية عن الجريمة تدور حولها .

فما هي تلكم أفعال التبرير ..؟ واستعمال الحق منها .؟

بعد أن حددنا مكانها في النظام القانوني .. في الركن الشرعي (على رأي الفقه التقليدي) وفي نظرية فرعية ، على رأي (الفقه الحديث) .

(1) د : احمد فتحي سرور - مرجع سابق ص : 4 .
د : علي راشد - مرجع سابق ص : 219 ، و : 731 .
- انظر المادة : 45 من الدستور الجزائري . (دستور التشريع الجنائي) .=
(لا تجريم الا بقانون صادر قبل ارتكاب الفعل الاجرامي) .

الفرع الثاني

استعمال الحق من أفعال التبرير .

نبحث أفعال التبرير في : مبحث ، لنصل الى استعمال الحق ، فنبحثه في مبحث ثاني .

المبحث الأول

أفعال التبرير .

مطلب أول : تعريفها :

الأصل في سلوك الانسان (كما في الأشياء) الاباحة ، والاستثناء هو التجريم ، تطبيقا لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص).[1]

– والاباحة : عند الأصوليين في الشريعة الاسلامية هي : (التخيير بين فعل الشيء وتركه ، أو : الأمر الذي خير الشارع بين فعله وتركه) وكما عرفها (الآمدي) بقوله : " المباح ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل " .[2]

---

(1) د : رءوف عبيد – مرجع سابق – ص : 495 .
– الدستور الجزائري : م – 45 و 46 . لعام : 1976م .
(2) محمد سلام مدكور – مرجع سابق – ص : 32 – 36 .

— أما عند فقهاء الشريعة الاسلامية فهي : = ضد الحظر ، وأن المباح : ما أجيز للمكلفين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب ، أو : ما أخذ فيه = .(1)

— وعند فقهاء القانون : = حالات انتفاء الركن الشرعي ، بناء على قيود واردة على نطاق نص التجريم ، تستبعد منه بعض الأفعال = .(2)

أو هي : = ظروف خاصة بمن تعرض له — فاعلا كان أو شريكا — من شأنها أن تجرد الفعل من صفته الاجرامية ، فهي في عبارة أخرى : ظروف شخصية ذات أثر موضوعي = .(3)

ان أفعال التبرير ، أو كما تسمى في بعض القوانين :

— أسباب التبرير . أو :

— أسباب الاباحة . أو :

— حالات المشروعية ، عند بعض الفقهاء .(4)

هي : (تعبير ينصرف الى الأحوال التي يبرز فيها بحسب الظاهر توافر أركان الجريمة ، ومع ذلك تكون الواقعة مباحة لا عقاب عليها ، فهي = استثناء من الاستثناء =)(5)

وعليه : فالاباحة نوعان ..؟

(1) د : عثمان سعيد عثمان — استعمال الحق كسبب للتبرير — ص : 285 .
— محمد سلام مدكور — مرجع سابق — ص : 45 .
(2) د : محمد نجيب حسني — مرجع سابق — ص : 164 .
(3) د : علي راشد — مرجع سابق — ص : 499 .
(4) انظر القانون : السوري — المصري والجزائري .
(5) رؤوف عبيد — مرجع سابق — ص : 495 .
د : احمد فتحي سرور — مرجع سابق — ص : 200 — 314 .
د : محمود محمود مصطفى — مرجع سابق — ص : 143 — 160 .
د : عبد الوهاب حومد — مرجع سابق — ص : 457 .
د : رمسيس بهنام — مرجع سابق — ص : 323 .
د : محمد الفاضل — مرجع سابق — ص : 327 .
د : ابراهيم زكي اخنوخ — حالة الضرورة — القاهرة 1969م — ص : 3 — 56 .
د : رضا فرج — مرجع سابق — ص : 139 .

مطلب ثاني : أنـواعـها :

من تعريفنا للاباحة ، نرى أنها نوعان :
ـ اباحة أصلية أو عادية : وهي التي لا يصطدم فيها سلوك الانسان بنص القانون .
ـ واباحة طارئة أو استثنائية : وهي التي يصطدم فيها سلوك المرء بنص القانون ، ومع ذلك يعتبر سلوكه مباحا ، أو جائزا ، ولا يشكل جريمة . (1) والاباحة الاستثنائية هي التي تعنينا هنا فهي التي تدخل في موضوع الرسالة .

مطلب ثالث : تأصيلها :

اختلف الفقه في تأصيل أو طبيعة أفعال التبرير أو الاباحة ، فالبعض :
1) يعتبرها (مشروعية استثنائية) ، باعتبار أن القانون قد رسم لكل جريمة أنموذجا قانونيا ، فلا تقع الجريمة الا اذا تطابق الفعل مع هذا النموذج القانوني ، فاذا لم تحدث المطابقة توافر ما يسمى (بالمشروعية العادية) أو الاباحة الأصلية ، كما يسميها البعض . أما (المشروعية الاستثنائية) أو الاباحة الطارئة ، فانها ترد على فعل تطابق مع الانموذج القانوني للجريمة ولكنه رغم ذلك التطابق ، يبيحه القانون بصفة (استثنائية) تطبيقا لاحدى القواعد المبيحة ، وهذه المشروعية الاستثنائية هي ما تسمى ب(الاباحة) . (1)

(1) د : احمد فتحي سرور ـ مرجع سابق ـ ص : 7 .
ـ محمد سلام مدكور ـ مرجع سابق ـ ص : 50 .

2) وأخيراً يرد ها : الى أن (علّة التجريم ، وعلّة الاباحة مرتبطتان) بحيث يمكن استخلاص ثانيهما من أولاهما ، فعلة التجريم هي حماية حق أو مصلحة ، وعلة الاباحة هي : انتفاء علّة التجريم ، بمعنى أن الاباحة حكم يستنتج — بمفهوم المخالفة — من نص التجريم ، اذا ما انتفت علّته ، كما يمكن ردها الى فكرة (استعمال الحق). [1]

3) كما يردها فقهاء الشريعة الاسلامية : الى (استعمال الحق وأداء الواجب) اذ الأصل في الشريعة الاسلامية : أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة . الا أن (استعمال الحقوق وأداء الواجبات) هو الذي يبيح اتيان الأفعال المحرمة على الكافة ، ويمنع من مؤاخذة الفاعل ، لأن الشريعة جعلت له حقاً في اتيان الفعل المحرم ، أو ألزمته باتيانه ، فأباحت له بذلك اتيان ما حرم على الكافة . [2]

4) في حين يظهرها البعض : (حالات المشروعية أو انعدام الصفة الاجرامية) وهي ظروف خاصة بمن تعرض له — فاعلاً كان أو شريكاً — من شأنها أن تجرد الفعل من صفته الاجرامية ، وهي : ظروف شخصية ذات آثار موضوعية . [3]

5) كما ترد : الى (تحقيق الملاءمة والمصلحة الاجتماعية) وأن السبب المبيح ما هو الا ظرف مادي واقعي اكتنف اتيان السلوك المشتمل على عناصر الجريمة ، فجعل لهذا السلوك في حكم قانون ما ، من القوانين وصف السلوك المباح ، وبالتالي صار وصفه هذا محل اقرار في القانون الجنائي ، باعتبار أن أفعال التبرير قد تضمنتها قوانين غير جنائية وأن صورتها في القانون الجنائي ما هي الا تلك الصورة التي أعطيت لها في تلك القوانين . [4]

---

(1) د : محمود نجيب حسني — مرجع سابق — ص : 327 .
(2) عبد القادر عودة — مرجع سابق — ص : 467 .
(3) د : علي راشد — مرجع سابق — ص : 457 . د : عبد الوهاب حومد — ص : 499 .
(4) د : رمسيس بهنام — مرجع سابق — ص : 337 . د : محمود مصطفى — ص 78 .

6) كما ترد الى : (صراع المصالح) باعتبار أن وظيفة نصوص التجريم) ونصوص (الاباحة) على حد سواء في (الديالكتيك) وهي : حل الصراع بين المصالح المتعارضة على نحو يحقق مرحلة أكثر تقدما ، حيث تنصب قواعد التجريم على جانب (عدم المشروعية) وقواعد الاباحة على جانب (المشروعية) وبفضل مبدأ (الغاية العامة للنظام القانوني) تطبق هذه القواعد أو تلك ، وفقا لما اذا كانت الصفة (الأولى أو الثانية) في السلوك هي القائمة ، تبعا للعلاقات المتبادلة بين المصالح الداخلة في الصراع .

وهذا ما تأخذ به مدرسة (قضاء المصالح) نقيض مدرسة (قضاء المفاهيم).(1)

مطلب رابع : اسلوب تقريرهما :

يتخذ اسلوب تقرير (أعمال التبرير) في القوانين الحديثة أحد اسلوبين :

ـ اسلوب مرن : وهذا شأن بعض الدول الاشتراكية ، فان قانون العقوبات الروسي ، ينص كقاعدة عامة : (أنه مع وجود نص في القسم الخاص يقضي بتجريم الفعل ، فان هذا الفعل لا يعد جريمة اذا تجرد من الخطر الاجتماعي بسبب قلة أهميته).(2)

ـ اسلوب متشدد : وهذا شأن غالبية الدول الأوربية والعربية التي تنص على تحديد (حالات التبرير) وحصرها ، وهو ما أخذ به قانون العقوبات الجزائري في المادة : 39 .

---

(1) د : زكي ابو عامر ـ مرجع سابق ص : 56 .

(2) د : عثمان سعيد عثمان ـ مرجع سابق ـ ص : 321 .

الا أن الدكتور (محمود نجيب حسني) يقول : = أنه رغم النص عليها في القانون المصري وتعدادها ، فان هذا التعداد لا يعتبر حصرا لها =[1].

— أما الاسلوب الانكليزي : فانه يخلط بين أفعال التبرير وانعدام الركن المعنوي .[2]

مطلب خامس : شروطها :

ان الشروط الواجب توفرها ، يمكن ردها بصورة عامة الى :

— وجود حق قانوني .

— حسن النية في استعمال الحق .

— عدم تجاوز حدود استعمال ذلك الحق .[3]

وهذه الشروط العامة لافعال التبرير (بصورة عامة) هي نفسها الشروط العامة (لاستعمال الحق) كما سنرى آجلا . مما جعل الدكتور : محمود نجيب حسني - يرد أفعال التبرير جميعها الى استعمال الحق .[4]

مطلب سادس : اختلاف (أفعال التبرير) عن كل من موانع المسئولية والعقاب :

1) ان موانع المسئولية : هي أسباب أو حالات تعرض لمرتكب الفعل ، فتجعل ارادته غير معتبرة قانونا ، حيث تجردها من التمييز أو حرية الاختيار ، ومثالها : صغر السن — الجنون — الاكراه — السكر غير الاختياري — وحالة الضرورة . فهي : أسباب شخصية ينحصر تأثيرها في ارادة الفاعل والركن المعنوي للجريمة ، كما يقتصر أثرها على من تتوافر فيه .[5]

(1) (4) د : محمود نجيب حسني — مرجع سابق — ص : 159 .
(2) د : عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق — ص : 323 .
(3) د : علي راشد — مرجع سابق — ص : 499 .
(5) د : رضا فرج — مرجع سابق — ص : 143 .

2) أما موانع العقاب : فهي تفترض توافر كل أركان الجريمة ولكن المشرع لأسباب تتعلق بالمصلحة الاجتماعية يرى عدم توقيع العقاب على الجاني ، كما يقتصر تأثيرها على من تتوافر فيه ، ومثالها : المادة : 326 عقوبات جزائري التي تقرر : اعفاء الخاطف من اتخاذ اجراءات المتابعة اذا تزوج بمن خطفها زواجا شرعيا لم يقض بابطاله .(1) والمادة : 42 من المجلة الجنائية التونسية ،(2) والمادة : 240ع سوري .(3)

3) بينما أفعال التبرير : لا تعتبر الواقعة أصلا جريمة ، فلا مسئولية ، ولا عقوبة . وهكذا جاء نص :

— المادة : 39 عقوبات جزائري : لا جريمة :

(اذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون .) (4)

— ونص المادة : 182 عقوبات سوري : (الفعل المرتكب في ممارسة حق دون اساءة استعماله ، لا يعد جريمة).(5)

ومثلهما المواد : 60ع مصري — 50ع سوداني — 19ع فلسطيني . (6)

فهي ذات صفة أو آثار موضوعية ، مما يترتب عليها :

1 — في حين توفرها استفاد منها : مرتكب الفعل سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا أو متدخلا أو محرضا .

2 — وتعتبر متوفرة بمجرد تحقق شروطها سواء علم المستفيد أم لا .

3 — وباعتبارها تمحي عن الفعل وصف الجريمة ، فلا مسئولية جنائية ولا تعويض مالي .(7)

---

(1) احمد فتحي سرور — مرجع سابق ص 10 د . محمود محمود مصطفى ص 6 .
(2) المجلة الجنائية التونسية — ط 4 — دار بوسلامه — تونس — ص 55 .
(3) قانون العقوبات السوري — المعدل 1953م — ص : 74 .
(4) قانون العقوبات الجزائري 1977م .
(5) د : محمد الفاضل — مرجع سابق — ص : 328 .
(6) مجموعة القوانين الفلسطينية — جزء : 12 رقم : 74 سنة 1936م و : 1978م .
(7) د : علي راشد — مرجع سابق ص 499 — محمد الفاضل — ص : 328 .

المبحث الثاني

استعمال الحق المبرر .

لا شك أن (استعمال الحق المبرر) هو أحد عناصر أفعال التبرير .. فما هي تلكم العناصر .. وأين موضعها ..؟

لقد اختلف الفقه والقانون والقضاء في التصريح والتضمين عن عناصر أفعال التبرير .. :

1) ففي الفقه الاسلامي :

عنصران : استعمال الحق – والقيام بالواجب .[1]

2) وفي الفقه القانوني :

عنصران أيضا : استعمال الحق – واستخدام الرخص .[2]

3) أما في القانون السوري :

فهي خمسة عناصر : استعمال الحق – أداء الواجب – اجازة القانون – الدفاع الشرعي – ورضاء المجني عليه .[3]

4) وفي القانون المصري :

ثلاثة : استعمال الحق – استعمال السلطة أو أداء الواجب – الدفاع الشرعي .[4]

---

(1) محمد سلام مدكور – م. س: ص: 448. عبد القادر عودة – م. س: ص: 467.
(2) د: رمسيس بهنام – م. س: ص: 341. عبدا لرمانول – م. س: ص: 344.
(3) م: 182 – 186 ع سوري. د: محمد الفاضل – م. س: ص: 328. د: عبد الوهاب حومد – م. س: ص: 458.
(4) م: 60 – 63 – 285 ع مصري. د: علي راشد: م. س: ص: 500. د: محمد محمود نجيب حسني: م. س: ص: 176. د: سرور: م. س: ص: 214. د: محمود محمود مصطفى: م. س: ص: 159.

5) وفي التشريع السويسري والايطالي :

خمسة : استعمال الحق – تنفيذ القانون – تنفيذ أمر صادر عن السلطة العامة – حالة الدفاع الشرعي – ورضاء المجني عليه .(1)

6) وفي القانون الفرنسي :

عنصران : أمر القانون – أمر السلطة المختصة (م : 327ع) مع توسع في التطبيق لدى القضاء.(2)

7) وفي القانون الجزائري :

ثلاثة : أمر القانون – اذن القانون (استعمال الحق) الدفاع الشرعي .(3)

وهكذا : نجد الفقه والقانون والقضاء الفرنسي مجمع تقريبا على أن : استعمال الحق – هو أحد عناصر (أفعال التبرير) أو أسباب الاباحة ، كما يأتي في مقدمة تلك العناصر في الأغلب .

وبهذا : نكون قد حددنا مكان :

– أفعال التبرير في النظام القانوني .
– واستعمال الحق ضمنا .

فماذا عن الحـــــــــــــق ...؟

---

(1) د : محمود محمود مصطفى – م س : ص : 159 .
(2) جاستون ستيفان – جورج ليفاسير : قانون العقوبات العام – طبعة : 9 – دالوز – باريس – 1976 – ص : 153 – 175 (بالفرنسية).
(3) المادة : 39ع جزائري .
– د : رضا فرج – شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام – ص : 145 .

الفصل الثاني

الحـــــق .

نقسم البحث هنا الى فرعين :

- ماهية الحـــق .
- استعمال الحق والتعسف بايجاز .

الفرع الأول

ماهية الحـــق .

تمهيد :

= ان الحقوق وبالتالي القانون الذي يحميها ، مرتبطان بالمجتمع الذي ينبعان منه ، ارتباط الشجرة بالأرض التي تنبت فيها ، فهمها يستمد ان مضمونهما من الظروف الواقعية للحياة ، اذ أن أحداث الحياة تسير في مجراها من خلال ارادة الناس ، وتتأثر هذه الارادة ليس فقط بالعوامل

المادية ، بل أيضا بعوامل روحية أيد ولوجية نفسية ودينية .

ان المجتمع بوضعه الراهن ما هو الا نتاج تطور تاريخي سابق ، وان النظام القانوني السائد داخل المجتمع هو الاخر وليد هذا التطور التاريخي ، وان الانسان لا يستطيع أن يتخلص من الماضي الذي يؤثر في كيانه ويترسب في ذاته ، كذلك المجتمع يحمل في ثناياه بقايا العصور السالفة ، تضغط بشدة على الأوضاع الحاضرة .

ان الأفكار والعادات القديمة تترسب في النفس ، واذا لم تقابل بموضوعية ، تصبح محاطة بهالة من القدسية . = (1)

ولعلنا نجد تفسيرا لكثير من الأمور في حياتنا اليومية والقانونية ، لو أننا تصفحنا تاريخ المجتمعات البدائية والقديمة . (2)

= ان الحق بصورة خاصة ، والقانون بصورة عامة ، نتاج تطور تاريخي يتخذ في الأزمنة المختلفة أشكالا متباينة ويحتوي على مضمون متغير ، ومن ثم فان أية فكرة لا يمكن فهمها جيدا الا من خلال تاريخها .

كيف نشأت الحقوق بمعناها الذاتي .. كيف تطورت وصيغت بشكلها العرفي والقانوني .. كيف استطعت على

---

(1) د : ثروت انيس الاسيوطي — مبادئ القانون (1) القانون — دار النهضة العربية — 1974 — ص : 6 و 7 .
— د : محمود السقا — فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية — مطبعة جامعة القاهرة — 1978 — ص : 31 .

(2) د : حسن شحاته سعفان — علم الانسان — منشورات مكتبة العرفان — بيروت — 1966 م .

مسرح الحياة المتطورة تطور الانسان وظروفه .. وعما آلت اليه اليوم..؟

الجواب سنجده عند تلك المجتمعات حسب مراحل تطورها تبعا لوسيلة انتاجها المتداخلة في بعضها ، وهي مجتمعات :

1) الالتقاط أو الرعي .
2) الصيد .
3) الرعي .
4) الزراعة .
5) الصناعة .
6) فالتجارة .

وهي تنتقل الى المدنية ، متوالية نظامها الاجتماعية من :

1) الرق . الى :
2) الاقطاع . الى :
3) الرأسمالية . الى :
4) الاشتراكية .

مرورا بتطور شرائعها القانونية من :

1) شريعة الغاب . الى :
2) الملكية الجماعية للأرض . الى :
3) الملكية الخاصة لأدوات الانتاج . = (1)

(1) د . محمود السقا ـ مرجع سابق ـ ص : 31 .
د . ثروت انيس الاسيوطي ـ مرجع سابق ـ ص : 7 .
ـ اجبرن ـ نيمكوف : الموجز في علم الاجتماع ـ لندن ـ 1958 (بالانكليزية)
ـ هربرت ماركوس : العقل والثورة ـ بوسطن ـ 1954 (بالانكليزية) .

لو استقرأنا ذلكم التاريخ .. لأمدنا : بأن الحق واستعماله ، قد مر بأربع مراحل متداخلة :

---

1) مرحلة (الواجبات) قبل الحقوق ، حيث الفرد من خلال المجموع .
2) مرحلة (الحق للأقوى) شريعة الغاب .. واستعمال الحق مطلق .
3) مرحلة (الحق المه) شريعة الأديان .. ممثلة برجال الدين أو الكنيسة ، واستعماله رهن مشيئتهم .
4) مرحلة (الحق للانسان) شريعة القانون الوضعي ، وهي المرحلة (العلمية) واستعماله مطلق أو يقيد .. تكيفه القوى الغالبة في المجتمع .

حيث أخذ الحق يبحث (كفكرة قانونية) للوقوف على ماهيته .. بغية تكيف استعماله (ضمن اطار القانون) استعمالا ، يخدم القوى الغالبة في المجتمع ..(كما سنرى)

فما هي (ماهية) الحق في هذه المرحلة ..؟

هل هو : سلطة ...
واجب ...
مصلحة ... ؟

ـ وماذا عنه في الشريعة الاسلامية ..

ـ والقانون الجزائري .. ؟

سنطرق هنا موضوع : الحق .. في فرعين :

ـ ماهية الحق ..

ـ واستعمال الحق ..

الفرع الأول

ماهية الحق .

اختلفت آراء الفقهاء في (ماهية الحق) نظراً لاختلاف وجهات النظر .. فيما يعتبر العنصر الجوهري في الحق..؟[1]

لذلك قامت عدة مذاهب أهمها :

1) المذهب الفردي الشخصي : الذي يرى في جوهر الحق (السلطة والارادة).

2) المذهب الواجبي ، والوظيفي الاجتماعي : الذي ينادي بالواجب أو الوظيفة الاجتماعية ، بدل الحقوق .

3) المذهب الاجتماعي الموضوعي : الذي يرى في جوهر الحق (المصلحة).

4) المذهب المختلط : الذي حاول الجمع بين المذهبين : (الشخصي والموضوعي).

5) المذهب الاستئثاري : (أو : الحديث) كما يسميه الدكتور = فتحي الدريني = والذي يستبعد (الارادة ، والمصلحة) مستبدلا اياهما (بالاستئثار) معتبرا الاستئثار مرادفا للتملك .[2]

(1) د : عبد المنعم فرج الصدة — اصول القانون — دار النهضة — بيروت 978 اص: 311 .
— د : حسن كيرة — اصول القانون — دار المعارف — 960 ام ص: 555 .

(2) د : فتحي الدريني — الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده — موسسة الرسالة — طبعة : ثانيه — 1977 — ص: 63 .

6) مذهب الشريعة الاسلامية : والحق في نظر الفقهاء* القدامى والمحدثين .

ونحن نتعرض هنا لاربعة منها ، المذهب القائل :

*) المحدثين

1) الحق سلطة وارادة ..
2) الحق واجب أو : وظيفة اجتماعية ..
3) الحق مصلحة ..
4) الحق في الشريعة الاسلامية .. ثم :
5) الحق في القانون الجزائري ..

وذلكم في خمسة مباحث :

المبحث الأول

الحق سلطة وارادة .

= اتفقت مصالح الاقطاع والرأسمالية ، على أن العنصر الجوهري للحق هو (السلطة والارادة) ليحمي كل منهما ما يملك من أموال ، ولتتمكن الرأسمالية من اطلاق يدها في استعمال الحق والتصرف به ، كما يحلو لها .

— فقد صرح شيخ المدرسة التقليدية ، ولسان حال الاقطاع (سافيني) بأن الحق : سلطة معطاة للشخص ومجال لسيادة ارادته حيث تسود برضانا ، هذه السلطة نسميها حق هذا الشخص ، فالحق مرادف للسلطة . = (1)

(1) د : ثروت أنيس الاسيوطي — (2) الحق — ص : 12 .

ـ وقد جاء رأيه في قوله (بوختا) الذي يقول : = ان الحق يوجد حينما يسلّم شيء من جانب القانون الى سلطة الشخص = . (1)

ـ واتبع (غيند شايد) هذا الاتجاه ، وتبنّت دعائمه في النصف الثاني من القرن التاسع عشر ، عصر صعود الرأسمالية الألمانية اذ يقول : = ان الحق سلطة ارادية ، أو سيادة ارادية ، يعترف بها النظام القانوني = .

ولقد سادت هذه النظرية وأصبحت تقليدية وسميت : (نظرية الارادة) أي ارادة الاقطاع أصحاب ملكية الأرض : الحق ارادة ، وهذا الحق هو جوهر النظام الاقطاعي .

كان (هيجل) الفيلسوف الرسمي لألمانيا (1821م) قد وصف الملكية بقوله : = مجال حرية يعطيه الفرد لنفسه = .

وجاء من بعده (سافيني ـ 1840م) ليعلن في مؤلفه : (نظام القانون الروماني المعاصر) أن الملكية = سلطان غير محدود لشخص على شيء مقصور عليه دون غيره = .

وقد ظلت هذه النغمة الاقطاعية يردد ها أساتذة الرأسمالية .

يقول (غيند شايد) : = ان المالك يستطيع أن يفعل في ملكه ما يشاء = ، ويبرز جانبها الايجابي (في تصرف الفرد في ملكه كما يريد) ، كما يبرزه في جانبها السلبي (بمنع غيره من الافتئات على ملكه) ، ويضيف : (ان الملكية في حد ذاتها لا حدود لها) .

فهي ذلك الحق الذي يجعل ارادة صاحبه هي الحاسمة بالنسبة الى مجموع نواحي الشيء .

---

(1) د : ثروت الاسيوطي ـ (2) الحق ـ مرجع سابق ـ ص : 11 .

— ولما صدرت الطبقة الرأسمالية في أواخر القرن التاسع عشر ، لم يكن من شأنها اضعاف سلطان الملكية ، بل العكس : فالاقطاع والرأسمالية كلاهما يتمسكان (بقدسية الملكية) ويجعلان منها عقيدة شبه دينية .

فمنذ ما صدرت (المجموعة المدنية) الالمانية في : (18/ 8/ 1896م) أجازت في المادة (903) لمالك الشيء أن يفصل به (ما يحلو له) ويمنع الغير من أي تأثير على ملكه ، وهما الجانبان اللذان أبرزهما (فيند شايد).

— أما في (فرنسا) : فقد تبنى قانون (نابليون) (1804م) المفهوم الرأسمالي لحق الملكية ، اذ تقول المادة (544) : = ان الملكية حق التمتع والتصرف في الأشياء بطريقة مطلقة الى أقصى اطلاق = .

فيصرخ المصلح الاجتماعي (بيير برودون — 1840م) : = ان الملكية سرقة) انها تخالف المساواة وتودي الى الاستبداد .

لكن الفقيه الرأسمالي (لوران) يعلن : = أن لمالك الأرض تركها دون زراعة كما يشاء ، ولصاحب المال أن يلقي بماله في الطريق أو ينفقه في العربدة والمجون فهو السيد المطلق الذي لا راد لارادته = .

ويحتال (نابليون) فينشئ الجمعيات والمكاتب لمساعدة العمال ، ويغدق على رجال الدين ليخرسوا أصواتهم . ويبسط رعايته على البرجوازية الصناعية ، لينعم هو بالامبراطورية ، ولو تضرع الشعب حزنا وبؤسا ، جوعا وحرمانا ، في حين ترفل في الحرير والنعيم طبقة الرأسمالية

ورجال الدين .[1]

لقد تبالحت الرأسمالية ورجال الدين مع نابليون ، يقول : (بورتاليس) أحد واضعي المجموعة الفرنسية عن هذا التصالح = للمواطن الملكية وللسلطان الامبراطورية =.

لم تكتفي الرأسمالية باعطاء الحق مفهوم(السلطة والارادة) بل راحت تكسب الارادة ذاتها سلطة غير محدودة ، وذلك في مجال العقود ، لتعقد ما تشاء من الصفقات لذلك نادت : بأن الفرد لا يلتزم الا بارادته ، فالارادة تنشيء الالتزام وتحدد مضمونه ، وهذا ما عرف (بمبدأ سلطان الارادة) وذلك لتفرض استغلالها على من تضطرهم الظروف الى التعامل معها ، فتضمن عقودها ما تشاء من شروط ، فالشروط التي يتضمنها العقد تكون صحيحة وملزمة وتظل نافذة وسارية مهما طرأ من ظروف ، حتى تأمن الرأسمالية تقلبات الأحوال وتتنصل من كل مسئولية .

هكذا كانت رحلتها الشاقة .

وهكذا يقيم المذهب الفردي فلسفته وقانونه ، مؤسسا نظرية الحق على عنصر (الارادة) ومفهوم (السلطة).

كما يؤسس نظرية العقد على مبدأ (سلطان الارادة) وبذلك يمسك بزمام = استعمال الحق = كسلطة وارادة مطلقة ، وبزمام العقد كارادة حرة .

فماذا كان رد الفعل ...؟

---

(1) انظر فيما تقدم د. ثروت انيس الاسيوطي (2) الحبس .

— وانظر قصيدة للشاعر : نذار قباني يصور فيها حالة بعض المجتمعات العربية اليوم التي لا تختلف عن تلك المجتمعات الاوربية (انا ياصديقة متعب بعروبتي)

المبحث الثاني ــــــــــ

الحق واجب .

نحن نولد محملين بواجبات من كل نوع ، تجاه أسلافنا ، وخلفائنا ، ومعاصرينا . وتتزايد هذه الواجبات وتتراكم قبل أن نتمكن من رد أي خدمة ، فما هو الأساس الانساني لفكرة الحق ، التي تفترض عقلا قدرات سابقة ..؟

أن أطول حياة ولو أحسن استخدامها ، ومهما بذل من جهد ، لا تسمح أبدا سوى برد ما علينا وفاء كاملا ، ان كل حق انساني من قبيل اللامعقول ، فضلا عن منافاته للأخلاق .

لقد ولى عهد الحقوق الالهية ، ويجب ازالة فكرة الحق تماما ، باعتبارها متصلة بالنظام الأولي ، وغير مطابقة للوضع النهائي ، حيث لا توجد سوى واجبات طبقا لوظائف ، ليس لأحد الحق سوى في أداء الواجب.

ومنذ الاعتراف للأفراد بحقوق ، صارت هذه (فوضوية) من جهة ، ورجعية من الجهة الاخرى . = (1)

هكذا يحنن فيلسوف الوضعية (أوغست كومت) في منتصف

---

(1) د . ثروت انيس الاسيوطي ـ (2) الحق ـ ص : 21 .

في منتصف القرن التاسع عشر ، الذي يقارن المجتمع بالكائن الحي ، مقارنة تساعد على فهم المجتمع من حيث البناء والوظيفة والتغيير .

وهكذا لا تقر الوضعية سوى الواجبات على عاتق الكل تجاه الكل ، اذ لا تحتمل النظرة الاجتماعية فكرة الحق المؤسسة دواما على الفرد .[1] [2]

— كما أعلن الفقيه الفرنسي (دوجي) في القرن العشرين = أن الانسان لا حقوق له ، ان كل امرئ يشكل وظيفة ويتعين عليه أداء مهمته = . [3]

ولذا ينكر الحقوق الشخصية ، ويحل محلها (الوظيفة الاجتماعية) ومفهوم (المركز القانوني) الذي تتولد منه واجبات تستند هما جزاءات ، معتبرا الملكية : (وظيفة) تقتضي تخصيص الثروة ، لتحقيق غاية اجتماعية .

— ولا ننسى أن الثورة الجزائرية قد رفعت في عام 1979م شعار : = الواجبات قبل الحقوق = وذلك على لسان رئيسها وأمين حزبها (الشاذلي بن جديد) أثناء استقبال

---

(1) الوضعية اتجاه فكري يتبنى تفسير العالم على معطيات الملاحظة والتجربة ، والمقارنة ، وتحاول أن تبحث عن نظرة موحدة لعالم الظواهر (الطبيعية والانسانية) والتي ظهرت اليوم بعناصرها الثلاثة (الكمية : عند كارل بيرسون — والسلوكية : عند جون واطسون — والمعرفة الوضعية : عند جون ديوي — وبرتراند رسل) . انظر المرجع التالي :

(2) د : محمد عاطف غيث — دراسات في تاريخ التفكير واتجاهاته النظرية — في علم الاجتماع — دار النهضة العربية — بيروت — 1975م ، ص : 89 .

— موريس جيزبرج : نفسية المجتمع — ترجمة عبد العزيز عبد الحق — مكتبة الانجلو المصرية — ص : 68 .

(3) د : ثروت — المرجع السابق — ص : 21 وما بعدها .

أعضاء (الأمانة الوطنية لاتحاد الشباب) قائلا : = لقد حان الوقت ليرفع كل منا شعار الواجبات قبل الحقوق =[1]

وكذا الميثاق الوطني الجزائري (1976م) الذي يعتبر المصدر الأساسي لسياسة الأمة وقوانين الدولة (انظر المادة : 6 من الدستور لعام : 1976م) قد جعل أداء الواجب التزاما على كل مواطن : = ان تطوير البلاد وارتفاع المستوى المعاشي للجماهير الشعبية يتوقفان بالدرجة الأولى على التزام كل مواطن بأداء واجباته =.[2]

وهذه خطوة رائعة على طريق التحويل الاشتراكي .

وهكذا كان رد فعل (مذهب الحق واجب) على : (مذهب الحق سلطة وارادة) فماذا كان رد فعل الفقه الحديث..؟

---

(1) وثائق اعلامية - فبراير : 79 - مايو : 1979م ص : 20 .
(2) الميثاق الوطني الجزائري - 1976م ص : 81 .

المبحث الثالث

الحق مصلحة.

أبى الفقه الحديث أن يساير (كومت ، دوجي) في القضاء على فكرة الحق ، وانما رأى الابقاء عليها مع تطوير مضمونها ، وذلك بالتصدي للنظرية التقليدية التي تعتبر (الحق سلطة وارادة).

وتولى ذلك الفقيه الألماني (يرينج) صاحب الفضل في ارساء اللبنة الأولى للنظرية الحديثة .

يرى (يرينج) : = أن التعريف التقليدي للحق كونه : (سلطة وارادة يعترف بها القانون) ينطوي على تناقض بين ، لأنه يدور حول المظهر الخارجي للحق ، ويتجاهل مادته ، فالارادة تخدم الحق ، والا لما تمتع بالحق كل من تجرد من الارادة ، مثل : الأطفال والمصابين بأمراض نفسية ، لأن الحق يتكون من عنصرين :

1) عنصر مادي : يجسم غايته العملية ، وهو المنفعة أو الميزة أو المكسب الذي يحميه القانون .

2) وعنصر شكلي : هو الحماية التشريعية .(1)

(1) د : ثروت انيس الاسيوطي — (2)الحق — ص : 23 .
د : فتحي الدريني — الحق — مرجع سابق — ص : 220 .

ويقوم العنصر الأول بدور (النواة) والعنصر الثاني بدور أو بمهمة (القشرة) التي تحمي النواة .

= فالحق مصلحة يحميها القانون = (1)

وتتحد فكرة الحق على الضمان القانوني للتمتع به ، فهو مصلحة محمية بالقانون .

وهكذا لم يعد محور القانون التوفيق بين الارادات بل اشباع المصالح .

لقد أثار هذا التغيير الجذري في الكشف عن العنصر الجوهري في الحق ، وبالتالي تعريف الحق بأنه : (مصلحة يحميها القانون) جدلا فقهيا ما زال الى يومنا هذا ، فمذ ذهب الكتاب ينضمون اليه ، أو ينقدونه ، ويردون عليه ، وأهم نقد يمكن أن نذكره على رأي (يرينج) ماذهب اليه (يلينيك) كحل توفيقي :

لقد استنتج (يرينج) من اعتبار الارادة خادمة للحق امكان استبعاد عنصر الارادة اطلاقا ، فعاب عليه (يلينيك) ذلك ، وقال :

= ان المال أو المصلحة المحمية لا تصير حقا الا حينما ترتبط بارادة .

حقيقة لا يمكن للمرء أن يريد سوى (شيئا ما) غير أن

---

(1) د : ثروت انيس الاسيوطي ـ الحق (2) ص: 24 .

غير أن هذا الشيء يجب أن (يراد) أو يكون ممكن الارادة حتى يصبح محلا للعناية القانونية .

فالارادة وسيلة ضرورية تحول الشيء الى مال ، أو مصلحة ، وعلى النظام القانوني لحماية المال أو المصلحة أن يسلم أولا بسلطة الارادة ، ويشرع في حمايتها .

ان التدقيق في (ماهية الحق) يوضح أن محل الحماية ليس الارادة المجردة ، بل الارادة من أجل غايات معينة ومن ثم يستحيل استبعاد عنصر الارادة من (ماهية الحق) غاية ما في الأمر : ليست الارادة في ذاتها هدفا بل وسيلة لأهداف الفرد والقانون .

وعليه : فالحق سلطة الارادة الانسانية الموجهة الى مال أو مصلحة ، يعترف بها القانون ويحميها .

الارادة والمصلحة عنصران ضروريان لفكرة الحق ، سلطة الارادة هي العنصر الشكلي ، والمال أو المصلحة العنصر المادي = .[1]

وهكذا تجري دائما المحاولة للعودة والابقاء على السلطة في الارادة كعنصر جوهري في (ماهية الحق) رغم ان الارادة صفة للشخص وليست في الحق ، ومن هنا قيل : = أنا أريد فأنا موجود =[2] ومثلها مقولة أو : فكرة بأن (الحق استئثار) وان الاستئثار مراد فالتملك .[3]

---

(1) د : ثروت الاسيوطي ـ الحق ـ ص ، 24 .
(2) د : عادل العوا ـ المذاهب الاخلاقية الكبرى مطبعة جامعة دمشق ـ 1964م .
(3) د : فتحي الدريني ـ الحق .. مرجع سابق ـ ص : 63 .

المبحث الرابع

ماهية الحق في الشريعة الاسلامية

قبل البحث في (ماهية الحق) في الشريعة الاسلامية لا بد لنا من التعرض الى نقطتين لهما الصلة الوثقى بالموضوع، وهما:
- العدل في الشريعة الاسلامية.
- والمصلحة فيها.

وهكذا ينقسم البحث الى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

العدل في الشريعة الاسلامية.

يتفق الفقهاء، ومنهم الدكتور (فتحي الدريني) بأن: "العدل في الاسلام معنى مندمج في تشريعه حكمة ومقصدا، وأن مفهوم العدل يتمثل في (المصلحة)، وأن المصلحة العامة تمثل العدل.

ان المصلحة هي أساس العدل، وان العدل هو المسوغ للاستثناء".

وعليه:

لا يجوز أن يخالف الحكم عن حكمة تشريعه ، تفسيرا وتطبيقا ، فاذا لزم من تحصيل مصلحة الحكم ، أو الحق ضرر أشد ، أو مفسدة تربو على تلك المصلحة ، في ظرف من الظروف ، فلا يجوز تطبيق الحكم ، أو ممارسة الحق .

فتستثنى تلك الجزئية ، ليطبق عليها أصل آخر هو أجدر بتحقيق العدل والمصلحة ، اذ : = لا ضرر ولا ضرار في الاسلام = ، فيؤخذ (بقاعدة الاستحسان) وهو : الالتفات الى المصلحة والعدل .

والاستحسان هو الاستثناء من القواعد العامة والأقيسة ، لذلك يقول الامام مالك : (الاستحسان تسعة أعشار العلم) .

ولا ريب أن (المصلحة والعدل) هما قوام التشريع . (1) =

والآيات القرآنية شاهدة وكثيرة بهذا المعنى : (وما الله يريد ظلما للعباد) (وما جعل عليكم في الدين من حرج) (ان الله يأمر بالعدل والاحسان) (ولقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط) (ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل . . (1)

---

(1) انظر سورة النساء - الآيات : 57 — 135 .
— د . فتحي الدريني (التعسف : 15 ، الحق . ص : 220 .
— محمد ابو زهرة : الجريمة - ص : 241 .
— احمد امين - ضحى الاسلام : ص : 151 - ج 2 .

المطلب الثاني

المصلحة في الشريعة الاسلامية .

- يقول الامام (الشاطبي) : = ان وضع الشرائع انما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا = .
والدليل القطعي الذي يعتمد عليه (الشاطبي) في تقرير هذا الأصل هو : // الاستقراء // فثمة نصوص لا تحصى من القرآن والسنة جاءت مقرونة بعللها ، وفي هذا دليل :
1) على أن الأحكام شرعت لهذه المصالح ، لا لمجرد التعبد بها . (1)
2) ان المنهج الواجب الاتباع في علم القانون هو المنهج / الاستقرائي / لا المنهج الاستنتاجي ، وهذا ما أردنا الأخذ به . (2)
- يقول (ابن القيم) : = فحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله ودينه . (3)
- ويقول (الآمدي) : = لأن الاحكام انما شرعت لمقاصد العباد = . (4)
- ويزيد الامام (العزبن عبد السلام) : = ومن يتتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ، ودرء المفاسد ، حصل له من مجموع ذلك ، اعتقاد أو عرفان ، بأن هذه المصلحة ...

بأن هذه المصلحة لا يجوز اهمالها ، وان هذه المفسدة لا يجوز قربانها ، وان لم يكن في ذلك نص ولا اجماع ، ولا قياس خاص ، فان فهم نفس الشرع يوجب ذلك =. (5)

— ويقول الدكتور (فتحي الدريني) : = المصلحة المعتبرة هي العدل في الحكم ، ولو لم يرد نص ولا انعقد اجماع ، ولا أمكن اجراء قياس خاص في المسألة المعروضة =. (6)

هذا : وقد رأينا (آنفا) أن مفهوم العدل في الاسلام يتمثل في المصلحة . (7)

فبعد كل هذا .. ما هي (ماهية الحق في الشريعة الاسلامية .؟

هذا ما سنراه ، عاجلا .

---

(1) الشاطبي : الموافقات في اصول الشريعة — طبعة المكتبة التجارية — القاهرة — الجزء الثاني — ص : 6 و 7 .

(2) د : ثروت انيس الاسيوطي — المنهج — جامعة وهران 1977 ص : 30 .
الحق — ص : 64 .

(3) ابن القيم — اعلام الموقعين — طبعة المكتبة التجارية — القاهرة — 1955 — ص : 14 .

(4) د : فتحي الدريني — الحق — ص : 220 .

(5) د : الدريني — التعسف — ص : 23 . د : الاسيوطي — المنهج — ص : 10 .

(6) د : الدريني — التعسف — ص : 23 .
— د : ثروت انيس الاسيوطي — النظرية العامة للالتزام في ضوء الميثاق الوطني الجزائري — وهران — 1977 م — ص : 274 .

(7) انظر صفحة : 43 من هذا البحث .

هذا وقد قال الفقهاء : = بأن مقاصد الشريعة الاسلامية أو غايتها تتمثل في المصالح من : ضروريات وحاجيات وتحسينات = .

المطلب الثالث

ماهية الحق .

نتطرق بإيجاز الى (أنواع الحقوق) ثم الى ماهية الحق .

أولا : أنواع الحقوق :

للباحثين والفقهاء رأيان في الحقوق في الشريعة الاسلامية :

1 ــ) الرأي الأول : يرى أن التشريع الاسلامي قائم على نوعين من الحقوق :

ــ حق الله ــ أي حق المجتمع ككل ، حق الناس جميعا .

ــ وحق العبد ــ أي حق الشخص) الانسان الفرد .

وهذان النوعان من الحق هما وسيلتا المصلحتين :

ــ المصلحة الفردية أو الخاصة .

ــ والمصلحة الجماعية أو العامة .

علما بأن للمصلحة العامة المقام الأول ، لأنها تمثل العدل الذي هو مبنى ومقصد الشريعة . (1)

(1) د : فتحي الدريني ــ التعسف في استعمال الحق ص ، 27 .

2 ـ) الرأي الثاني : يرى أن الانسان باعتباره عبداً مخلوقاً لله ، لا يملك في الأصل شيئاً ولا حقاً ، لكن الله فضلاً منه منح عباده ما شاء أن يمنحهم ، فأصبحت تلك المنح حقوقاً لبني الانسان .

وبناء عليه ، قسم الفقهاء الحقوق الى قسمين أساسيين:

ـ حقوق الله ـ تتعلق بالعبادات والتكاليف .

ـ حقوق العباد ـ تتعلق بمعاملاتهم ومصالحهم . (1)

ومن هذا نرى : أن حقوق العباد في الشريعة الاسلامية هي حقوق انسانية ، وهي نوعان :

ـ حقوق المجتمع أي عامة .

ـ وحقوق الفرد أي خاصة .

ثانياً : ماهية الحق :

نستعرض هنا أقوال الفقهاء القدامى والمعاصرين والأصوليين ، علنا نتعرف على (ماهية الحق) :

1 ـ) الحق في رأي الفقهاء القدامى :

يلاحظ أن الفقهاء القدامى لم يهتموا في البحث عن ماهية الحق ، لوضوحه لديهم ، مكتفين بمعناه اللغوي .

(1) د : عثمان سعيد عثمان ـ استعمال الحق ـ ص : 71 .
ـ عبد القادر عودة ـ التشريع الجنائي الاسلامي ـ ج 1 ـ ص : 204 .

فقالوا :

======

ــ الحق : ما يستحقه الرجل .

ــ الحق : هو الشيء الموجود من كل وجه (أي الواضح ولا ريب في وجوده .(وعليه المثل : الحق أبلج والباطل لجلج).(1)

ــ الحق : هو حق الله وحق العبد .

ــ ورد تعريف لحق الملكية (للحاوي القدسي) فيما نقله (ابن نجيم) بأنه : = اختصاص حاجز =.(2)

2 ــ) الحق في رأي الأصوليين :

==========================

قسم الاصوليون الحق الى قسمين :

ــ حق الله ــ وهو ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم

ــ وحق العبد الفرد ــ وهو ما تتعلق به مصلحة خاصة .

وقالوا : في الحق .

ــ الحق : فعل الانسان الذي يتعلق به خطاب الشارع لمصلحة الفرد أو المجتمع أو كليهما معا .

ــ الحق : هو فعل (المكلف) الذي يتعلق به خطاب الشارع . وهنا اعتبر التزاما لا حقا .

ــ الحق : هو الحق الموجود . والمراد هنا : حكم يثبت.

ــ حق الملكية : اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه ،وحاجزا عن تصرف الغير .(3)

3 ـ) الحق في رأي الفقهاء المعاصرين :

نستطيع أن نبلور آراء الفقهاء المعاصرين في رأيين:

ـ الأول : يميل الى المذهب الاجتماعي الاشتراكي ، ويرى أن (الحق مصلحة محمية بالقانون).

ـ الثاني : يميل الى المذهب الفردي ، والرأسمالي ، ويرى أن (الحق سلطة).

الرأي الأول :

= الحق مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا ، يقررها الشارع الحكيم =.

وقد قال هذا : الدكتور محمد يوسف موسى ، وأخذ به كل من الدكتور : عبد الرزاق السنهوري وصبحي المحمصاني .(4)

= الحق مصلحة مستحقة شرعا =.

وقد قال هذا : الشيخ علي الخفيف .(5)

أما الرأي الثاني :

= الحق اختصاص يقرر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة = (الدكتور : فتحي الدريني) (6)

= الحق سلطة ذات حدود معينة ، تمنح لصاحب الحق على محل الحق = (عبد القادر عودة). (7)

ألا أننا نلاحظ : أن الدكتور الدريني — يذكر في نفس الكتاب صفحة : 61 قائلا : = فليست الحقوق الا مصالح معتبرة ولهذا كانت محمية = . أفلا يريد أن يقول بأن : (الحق مصلحة محمية بالقانون) ..؟

انني أرى ذلك ، خاصة وهو الذي يرى (في كتاب نظرية التعسف) :

1) أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة .

2) وأن المصلحة العامة تمثل العدل .

3) وأن المصلحة والعدل هما قوام التشريع .

4) وأن مفهوم العدل في الاسلام يتمثل في (المصلحة) (8)

أفلا يكون بعد كل هذا : الحق مصلحة ..؟

وهكذا بعد أن تعرفنا على : العدل — المصلحة — الحقوق) وعلى آراء الفقهاء والأصوليين في (ماهية الحق) ومن فهمنا لروح الشريعة الاسلامية نقول مع القائلين : بأن جوهر الحق (ماهية الحق) في الشريعة الاسلامية = (مصلحة محمية بالقانون) — فماذا عنه في القانون الجـــــــــــــزائري ..؟

---

(1) علي فكري — البيان الفاصل بين الحق والباطل .
(2) الشيخ علي الخفيف — الحق والذمة — مكتبة وهبة — القاهرة 1945 ص : 34 .
— د : فتحي الدريني — الحق ..ص : 184 .
(3) د : فتحي الدريني — الحق ..ص : 186 .
(4) د : عثمان سعيد عثمان — استعمال الحق — ص : 75 .
(5) د : فتحي الدريني — الحق . ص : 183 .
(6) د : فتحي الدريني — الحق ..ص : 192 .
(7) عبد القادر عودة — التشريع الجنائي الاسلامي — ج 1 — ص : 472 .
(8) د : فتحي الدريني — نظرية التعسف . ص : 15 — 23 .
وانظر ايضا : د : الدكتور العدة : اصول القانون — ص : 314 .
— كمال عبد العزيز — الوجيز في نظرية الحق — ص : 10 .
د : فتحي الدريني — هامش — ص : 186 — 193 . (الحق) .

المبحث الخامس

ماهية الحق في القانون الجزائري .

تمهيد :

رأينا أثناء استقرائنا لتاريخ المجتمعات البشرية (1) أن الحقوق ما هي الا مصالح تتصارع ، وأن القانون ولهذ الصراع بين تلك المصالح ، وأن القوى الغالبة في المجتمع هي التي تفرض مصالحها بشكل قوانين تجسدها .

وأن طبيعة أو (ماهية الحق) تكون بالتالي ونمق ملسفة ومنطا مع تلك القوى الغالبة ، فاذا كانت تسير في نهج (الاقطاع أو : الرأسمالية) أي (تحقيق مصالح الأقلية ، على حساب الأكثرية) كان قانونها يعبر عن مصالحها ، فكان عبارة عن = قواعد ملزمة تحكم علاقات الناس في المجتمع) (2) ، تاركة المضمون ، آخذة بالشكل ، والفقهاء آخذون بالشرح على المتون .

وماهية الحق) بالتالي : (ارادتها وسلطتها) .

---

(1) انظر صفحة : 27 من الرسالة .

(2) د : عبد المنعم فرج الصدة _ اصول القانون ص : 12 .
_ د : ثروت انيس الاسيوطي _ ص : 282 _ القانون .

في حين اذا كانت القوى الغابة تسير في اطار يمق (الاشتراكية) أي (تحقيق مصالح الأغلبية من الشعب)، كان قانونها : يعبر عن تلك المصالح، وكان عبارة عن = قواعد ملزمة معبرة عن ارادة الشعب مستجيبة لحاجاته الأساسية =[1]، وكانت (ماهية الحق) بالتالي (مصلحتها المحمية) .

ولا ريب أن الجزائر دولة (اشتراكية)[2]، والاشتراكية تعمل لتحقيق مصالح الجماهير الشعبية .

فهل في القانون الجزائري ما يعبر عن هذه المصالح .

- وهل (ماهية الحق) فيه : (مصلحة محمية)..؟

نستقرىء هذا القانون..

==========================

1 -) ان الميثاق الوطني هو المصدر الأساسي لسياسة الأمة، وقوانين الدولة .[3] أي هو : الأم .

2 -) والدستور هو القانون الأساسي للجمهورية .[4] أي هو : الأب .

- فماذا عند : الميثاق...؟

- وماذا عند : الدستور...؟

عن مصالح الشعب... وماهية الحق...

---

(1) د : ثروت انيس الاسيوطي - المنهج القانوني - وهران - 1977 - ص 3 .
(2) مادة اولى من الدستور الجزائري .
(3) مادة (6) من الدستور الجزائري .
(4) مادة (199) من الدستور الجزائري .

أولا : الميثاق .

نثبت هنا بعض العبارات بخصوص الموضوع :

1) ان الاشتراكية في الجزائر ، تعبر عن (المطامح العميقة للشعب العامل / ص: 29م / .

2) ان مفهوم كلمة (الشعب) يجب أن ينصرف الى (الجماهير الشعبية) وليس الى فئة اجتماعية محظوظة قد تستحوذ على السلطة لفرض سيطرتها ./ ص: 37م / .

3) ان المرحلة التاريخية الراهنة ، يمكن اعتبارها : مرحلة الدعم الاستراتيجي للاشتراكية ، والتمهيد لانتصارها النهائي ./ ص: 39م / .

4) يجب أن تلبي الاشتراكية (الحاجات الأساسية للجماهير الشعبية) ، وذلك بالقضاء على : الظلم ، والاستغلال ، ورفع شأن العمل ./ ص: 44م / .

5) أما القوى الأساسية للثورة ، فهي تتمثل في : العمال ، سواء كان عملهم يدويا أو فكريا ، والفلاحين ، والجنود والشباب ، والعناصر الوطنية الثورية ./ ص: 49م / .

6) ان الدولة الاشتراكية ، خلافا للدولة البورجوازية ، تسهر دوما على رفاهية المجتمع ./ ص: 76م / .

7) ان الدولة الاشتراكية ، دولة ديمقراطية ، لا بالنسبة لأهدافها فحسب ، بل بالنسبة لتسييرها أيضا ./ص: 77م / .

8) أن طبيعة الديمقراطية الاشتراكية تختلف اختلافاً جوهرياً عن الديمقراطية الشكلية في البلدان الرأسمالية التي تقوم أجهزتها على التملك الخاص لوسائل الانتاج ، واغتصاب السلطة ، واحتكارها ، من طرف الفئات المحظوظة المهيمنة ، فالديمقراطية الاشتراكية تضمن للجماهير الشعبية : ممارسة الحكم ، حتى تتمكن من أن تحقق وبدون عائق ، تطلعاتها المشروعة ، وتدافع عن مكتسبات الثورة ، وهو ما يفرض (مايفرض) أن تكون الأغلبية داخل المجالس الشعبية مؤلفة من العمال والفلاحين مضافاً اليها عناصر ثورية محنكة ./ ص: 78م/ .

9) وان الدولة الجزائرية ، بتأسيسها الديمقراطية الاشتراكية ، تضمن الحرية الحقيقية للفرد بتحريره : من الاستغلال ، والبطالة ، ومن غوائل المستقبل .. ؛ والمرض والفقر ، ومن قلقه على مصير أبنائه ، وبهذا فان الديمقراطية الاشتراكية تهيء : الظروف الموضوعية لممارسة حقيقية لحريات وحقوق المواطنين الأساسية ، التي تحرص على نشرها بكيفية كاملة ./ ص: 79م/ .

10) ان الدولة الاشتراكية تضمن : مجموع الحريات العمومية كما أن حرية المعتقد هي مبدأ أساسي ./ ص: 79م/ .

11) كما تدير الدولة الاشتراكية شؤونها على أساس:

احترام القوانين ، وتنفيذها فى تهدف الى : وضع القواعد المسيرة لعملية بناء المجتمع الاشتراكي ، والنص على حقوق المواطنين وواجباتهم وحرياتهم ، وذلك يقتضي بذل جهود متواصلة لاعادة صياغة تشريعاتنا وتعديلها لتتكيف واهداف الثورة ، عن طريق سن قوانين جديدة وجعلها تتلاءم وتطور المجتمع ./ ص: 79م/ .

12) ومن هنا يتحتم على أعوان الدولة وخاصة ممثلي السلطة ، أن يكونوا في مقدمة من يتصدى للدفاع عن القانون ، وأن ممارسة السلطة داخل جهاز الدولة ، يجب أن تندرج في اطار الصلاحيات والمهام الواضحة المحددة بالقانون .

كما ينبغي أن تكون موضوعا لمراقبة منتظمة ودائمة فعلى أعوان الدولة أن يقوموا بوظائفهم في اطار الاحترام الصارم لحقوق المواطنين ، ومصالح الدولة .

كما يجب على الدولة أن تعاقب بشدة : أي شطط في استعمال السلطة ، سواء كان : خرقا أو انكارا لحقوق المواطنين ./ ص: 79م/ .

13) ان من المبادئ العليا للثورة : أن لا يعلو أحد على القانون ./ ص: 80م/ .

14) ان حماية المواطن هي احدى وظائف الدولة ./ص: 80م/

15) ان مصالح الأمن هي في خدمة الشعب والمواطن ./ص: 80

16) ان القضاة مدعوون في المرحلة الراهنة من التشييد الاشتراكي للقيام بدور هام ./ ص: 81م / .

17) ان الدولة الاشتراكية هي : أداة لتحقيق المطامح الشعبية ./ ص: 81م / .

وفي هذا كل الدليل على أن الاشتراكية في الجزائر تمثل حقا ، لتحقيق المطامح الشعبية الجماهير الكادحة .

ثانيا : الدستور:

نثبت هنا أيضا بعض نصوص المواد لنرى أين هي مصالح الشعب ؟ وحقوقه لنستشف هنا ماهية الحق .

1) .. الدولة الجزائرية ، دولة اشتراكية ./ م : 01د / .

2) السيادة الوطنية ملك للشعب ./ م : 05د / .

3) المجلس الشعبي هو المؤسسة القاعدية للدولة ، والاطار الذي يتم فيه التعبير عن الارادة الشعبية ، وتتحقق فيه الديمقراطية ./ م : 07د / .

4) الاشتراكية اختيار الشعب الذي لا رجعة فيه ./م : 10د / .

5) الثورة الجزائرية : ثورة اشتراكية ، تستهدف: ازالة استغلال الانسان للانسان ، شعارها : من الشعب والى الشعب.

/ م : 10د / .

6) يشكل تحقيق الاشتراكية وسائل الانتاج قاعدة أساسية للاشتراكية ، وتمثل ملكية الدولة أعلى أشكال الملكية الاجتماعية / م : 13د / ٠

7) الملكية الفردية ذات الاستغلال الشخصي أو العائلي مضمونة
– الملكية الخاصة غير الاستغلالية كما يعرضها القانون جزء لا يتجزأ من التنظيم الاجتماعي الجديد .
– الملكية الخاصة لا سيما في الميدان الاقتصادي يجب أن تساهم في تنمية البلاد وأن تكون ذات منفعة اجتماعية ، وهي مضمونة في اطار القانون ٠/ م : 16د / ٠

8) تستهدف الثورة الثقافية على الخصوص : حفز الجماهير لتعبئتها وتنظيمها ، للكفاح من أجل التطوير الاجتماعي والاقتصادي للبلاد ، والدفاع عن مكاسب الثورة الاشتراك الاشتراكية ٠/ م : 129د / ٠ / م : 19د / ٠

9) تستهدف الثورة الزراعية : تحطيم قيود النظام الاقتصادي البائد القائم على التعبئة والاستغلال ... محو الفوارق بين المدن والأرياف وخاصة ببناء الاشتراكية ٠/م : 00د /

10) تستهدف الثورة الصناعية : بالاضافة الى الانماء الاقتصادي ، تغيير الانسان ، ورفع مستواه التقني والعلمي واعادة تشكيل بنية المجتمع ، وهي تعمل في نفس الوقت على تحويل وجه البلاد ٠/ م : 21د / ٠

11) يرتكز المجتمع على العمل ، وينبذ التطفل(التداخل) نبذا جذريا ، ويحكمه المبدأ الاشتراكي := من كل حسب مقدرته ولكل حسب عمله = ./ م: 24د / .

12) تستمد الدولة سلطتها من الارادة الشعبية ، وهي في خدمة الشعب وحده ،

وتستمد علة وجودها ، وفاعليتها من تقبل الشعب لها/م 26د

13) الدولة مسئولة عن ظروف حياة كل مواطن ،فهي : تتكفل استيفاء حاجاته المادية والمعنوية وبخاصة ، متطلباته المتعلقة بالكرامة والأمن .

وهي تستهدف : تحرير المواطن من : الاستغلال ،والبطالة والمرض ، والجهل .

تتكفل الدولة بحماية مواطنيها في الخارج ./م: 33د / .

14) ليست وظائف الدولة (امتيازا بل هي تكليف) .

على أعوان الدولة أن يأخذوا بعين الاعتبار (مصالح الشعب والمنفعة العامة) ليس غير ،ولا يمكن بحال من الأحوال أن تصبح ممارسة الوظائف العمومية مصدرا للثراء ، ولا وسيلة لخدمة المصالح الخاصة ./ م: 37د / .

15) يساهم القاضي في الدفاع عن الثورة الاشتراكية ، وحمايتها ..../ م: 73د / .(1)

---

(1) يراجع في كل هذا : الميثاق الوطني والدستور لعام : 1976م .

ومن هذه النصوص (الميثاق والدستور) يمكننا

الوقوف على :

- تعريف ..

- شكل ..

- مضمون ..

- وغاية القانون الجزائري ..

- وبالتالي (: ماهية الحق) فيه ..

1) التعريف :

= القانون الجزائري : قواعد اجتماعية ملزمة ، تحمي مصالح الجماهير الشعبية = . (1)

2) الشكل :

= قواعد اجتماعية ملزمة ، تعبر عن ارادة الجماهير الشعبية (القوى الغالبة).

3) المضمون :

= الحاجات الأساسية للجماهير الشعبية ، التي هي حقوق أو مصالح الشعب .

4) الغاية :

= حماية المصالح للجماهير الشعبية وبخاصة الهامة منها .

(1) انظر صفحة : 81 من الميثاق .

5) ماهية الحق :

= مصلحة يحميها القانون = .

وتوضيح ذلك :

ان الدولة الجزائرية : تستمد سلطتها من الارادة الشعبية ، وهي الجماهير الشعبية ، كما تستمد علة وجودها وفاعليتها من تقبل الشعب لها ، فهي بذلك (دولة شعبية) وهي أيضا : (دولة ثورية اشتراكية ودمقراطية) ، فهي بكل ذلك تعبر عن الارادة الشعبية ، وعن المطامح العميقة للشعب العامل ، اذ المجتمع فيها يرتكز على العمل ، وهي أيضا : مطالبة بتلبية الحاجات الأساسية للجماهير الشعبية (القوى العاملة) ، بالقضاء على : الفقر - المرض - الجهل - والاستغلال ، فهي تهيء الظروف الموضوعية لممارسة حقيقة لحريات وحقوق المواطن الأساسية فيكون العمل ، والعمل المشروع وحده ، المصدر الفعلي للحق أو المصلحة ،والدولة في ذلك أداة لتحقيق تلك المطامح للوصول بالجماهير الشعبية الى مجتمع : الرفاهية ،ووسيلتها وسيلتها : (العمل والقانون) فهي تدير شوئنها على أساس (احترام القانون وتنفيذه) اذ من مبادئها العليا :

أن (لا يعلو أحد على القانون) هذا القانون الذي ينص على حقوق المواطنين ، يتكفل أيضا بحمايتها ، (لأنه قانون اجتماعي ، قانون الجماهير الشعبية) تلك الحقوق (المنصوص عليها والمحمية) تمثل الحاجات الأساسية للجماهير الكادحة هذه الحاجات هي مصالح الشعب الاشتراكي .

وبهذا : يكون (القانون الجزائري) := قواعد اجتماعية ملزمة معبرة عن ارادة الجماهير الشعبية حامية مصالحها) فهو : وسيلة ، والمصلحة فيه (محمية وغاية) وهذا هو حال الشريعة الاسلامية : (ان وضع الشرائع انما لمصالح العباد) العباد الأكثرية العاملة المستضعفة لا : الأقلية المترفة المستغلة .

اذ : الشريعة أو القانون (أصلا) قاعدة اجتماعية قاعدة القوى (الغالبة) في المجتمع ،يحمي حقوقها أي : مصالحها ، فالحق فيه (أصلا) مصلحة محمية ، ولم يشذ القانون الجزائري عن هذا (الأصل) بل وأعاد الامور اليه ،فكان : = قواعد اجتماعية ملزمة تحمي مصالح الجماهير الشعبية =. (1)

---

(1) —
د : ثروت انيس الاسيوطي — المنهج القانوني — ص : 3 — 9 .
د : = = = — القانون — ص : 92 و 127 و 278 و 282 .
د : فتحي الدريني — الحق . . ص : 220 .
د : الصدة — أصول القانون — ص : 311 .
د : محمود السقا — فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية — ص : 55 وما بعدها .
د : عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق — ص : 4 — 101 .
— الميثاق الوطني والدستور الجزائري — 1976م .

الفرع الثاني

ضوابط استعمال الحق .

تمهيد :

بعد أن تبينا (ماهية الحق) في الفقه القانوني والشريعة الاسلامية ، والقانون الجزائري .

علينا (استكمالا للبحث) أن نبين : غاية ونسبية الحق ، والقيود التي ترد على استعماله ،(أو ضوابط استعماله)(1) كما نميز بين : الحقوق والاباحات ...

وهنا نتساءل ؟ هل تلك الضوابط ، نظرية خاصة بالحقوق المتأتية عن : اباحة أصلية (كما هي في القانون المدني) أم هي عامة تشمل الحقوق المتأتية عن : اباحة استثنائية كما هي (في القانون الجنائي) ..؟

— وبماذا أخذ القانون الجزائري ..؟

— وما هو : التعريف العام (لاستعمال الحق)..؟

هذا ما سنراه في المباحث التالية : 1) غاية الحق .

2) نسبية الحق .

3) ضوابط استعمال الحق .

4) تعريف استعمال الحق .

(1) نرى هذا ضروريا ليسهل علينا فهم مضمون الباب الثاني والثالث المتعلقان : بشروط وتطبيقات استعمال الحق ، ولا ننسى أن هذه الجوانب متأتية أصلا ، وفي بعضها عن القانون المدني والاحوال الشخصية فلا بد من التعرض لها هنا بمذرة . وذلك لنصل في النهاية الى تعريف استعمال الحق بشكل عام أصلي او مبرر .

المبحث الأول

غاية الحق .

= ان القانون وليد الصراع بين المصالح ، ينتقي البعض منها (بواسطة القوى الغالبة) ويرجحه على البعض الآخر ويقرر له الحماية القانونية ، هذه المصالح تصبح حقوقا (فالحق مصلحة يحميها القانون) ويفعل القانون ذلك لتحقيق غايات محددة في اطار النظام الاجتماعي والاقتصادي الكائن في بلد معين .
ومن ثم فان الحقوق أي المصالح التي يحميها القانون يجب أن تسعى دائما الى تحقيق غاياتها الاجتماعية ، فاذا انحرفت عن هذه الغاية سحبت عنها الحماية القانونية = .[1]

ولكل مجتمع نظامه الاجتماعي والاقتصادي ، وللحق في هذا النظام ، بل هو محور هذا النظام ، فهو المنشئ والمثبت له .
فقد رأينا كيف تطور النظام الاقتصادي من مرحلة : الالتقاط الى الصيد الى الرعي فالزراعة والتجارة والصناعة . والنظام الاجتماعي : من الرق الى الاقطاع الى الرأسمالية فالاشتراكية .[2]

(1) انظر (باريتو) والمصلحة — د : محمد عاطف غيث — مرجع سابق ص: 60 .
د : ثروت انيس الاسيوطي — الحق (2) ص: 47 .
د : فتحي الدريني — التعسف — ص: 29 و 68 .
(2) انظر صفحة : 26 من هذه الرسالة .

وفي ذلك كان (للحق) دوره في نشأة هذا النظام أو ذاك وتشييته .

ـ فان كان أو اعتبر (الحق واجبا) نشأ مجتمع المساواة الناس فيه (سواسية كأسنان المشط الواحد) وحصل التكافل الاجتماعي بأجمل معانيه ، وصورته التقريبية (الأولى) المجتمعات البدائية على تأخرها .

ـ أما اذا نظر الى الحق باعتباره (سلطة وارادة) نشأ لدينا مجتمع اللامساواة ، الناس فيه فوق بعضهم طباقا ؛ وكان الغنى الفاحش والفقر المدقع ، القوي يستعبد ويستغل الضعيف ، ومثاله : مجتمع الاقطاع والرأسمالية .

ـ أما اذا نظرنا الى الحق باعتباره (مصلحة عامة) ، يقوم بوظيفة اجتماعية ، نشأ مجتمع (العدالة الاجتماعية والمساواة التقريبية) (من كل حسب مقدرته ولكل حسب عمله) الناس فيه (كالبنيان يشد بعضهم بعضا) ومثاله : المجتمع الاشتراكي المنشود .

هكذا كان وما زال (للحق) وظيفة اجتماعية واقتصادية في أي نظام قانوني لبلد معين ، فهو : المنشىء للنظام الاقتصادي والاجتماعي والمثبت له والمدعم .(1)

---

(1) د : ثروت انيس الاسيوطي ـ الحق (2) ص. 47 .
ـ د : فتحي الدريني ـ التعسف . ص: 310 .

والمهم في كافة الحقوق هو المحور الذي تدور حوله أي غاية وموضوعية المصالح (الحقوق) التي يحميها القانون ، أهي : مصالح القلة من الاقطاع والرأسمالية ، أم : الكثرة من الجماهير الكادحة..؟

ولما كان المجتمع الجزائري : مجتمع اشتراكي ، القانون فيه يحمي حقوق جماهير الشعب العامل ، والحق مصلحة يحميها القانون ، كان بالتالي للحق : غاية اجتماعية ، اذ يؤدي : وظيفة اجتماعية واقتصادية ، بتثبيت وحماية النظام الجمهوري الديمقراطي الشعبي الاشتراكي ، للوصول الى مرحلة انتصار الاشتراكية نهائياً ، وتحقيق مجتمع : متحرر من استغلال الانسان للانسان ، ينشد الرفاهية .(1)

---

(1) انظر الميثاق الوطني والدستور الجزائري لعام : 1976م .

المبحث الثاني

نسبية الحق .

رأينا كيف كان الانسان أول يعيش " مجتمع الواجبات " لا الحقوق ، حتى اذا اهتزت العدالة الاجتماعية : بسيطرة القوي على الضعيف ، والرجل على المرأة ، والسيد على العبد ، والغني على الفقير ، والاشراف والكهنة على العامة اهتزت بدورها الواجبات ، وأخذت الحقوق تنشأ رويدا رويدا ، وتتقدم بعضها بعضا عبر مراحل طويلة قطعها الانسان ، حيث : الحق قوة .. مطلق .. ومصلحة فردية .

الا أنه منذ بدء كتابة القانون ، وبخاصة في عهد الرومان ، طرأ تحول في بتقييد بعض الحقوق : فقد جاء في موسوعات (جوستنيان) أنه " لا يسمح بعد اليوم بالاساءة الى العبيد بغير سبب مشروع " كما ذكر حق الزوج في تسريح زوجته : " أن من يقدم عليه بغير باعث قوي يعاقب ".(1)

(1) د : فتحي الدريني — التعسف — ص: 295 .
د : عبد المنعم فرج الصدة — اصول القانون — ص: 569 .
د : ثروت انيس الاسيوطي — الحق — ص: 27 .

أما حق الملكية فقد قيد = بقصد الاضرار بالغير = .

وفي القانون الفرنسي القديم : فقد قيد استعمال الحق بحالتين :

— قصد الاضرار بالغير .

— وانتفاء المصلحة .

الا أن : قانون (1804م) أعطى لصاحب الحق : حق الاستعمال المطلق .

ومثله القانون المصري القديم (الملغى) المأخوذ عن القانون الفرنسي ،المتسم بنزعة فردية مغالية .

لقد انتكست (نسبية الحقوق) تحت تأثير المبادئ الفردية في أعقاب الثورة الفرنسية ،الا أنها عادت تأخذ طريقها طريقها من جديد في ظل المبادئ الاشتراكية .

فظهرت في أحكام القضاة منذ أواخر القرن التاسع عشر وقام فريق من الفقهاء يساند القضاء في اتجاهه .

— فقد ذهب الفقيه (سالي) الى قصر : استعمال الحقوق على غايتها الاجتماعية والاقتصادية ، والا صارت تعسفا ومجافيا للضمير العام ، ومتخطيا مضمون الحق ، لأن : الحقوق من الوجهة الاجتماعية (نسبية) لا مطلقة) بما في ذلك حق الملكية ، فهو لا يعدو أن يكون مظهرا للحرية ، وهذه ليست مطلقة .(1)

(1) د : ثروت انيس الاسيوطي — الحق ص : 32 .

ـ كما أرسى الفقيه الفرنسي (جوسران) نظرية : (نسبية الحقوق). اذ بلورها في كتابه (روح الحقوق ونسبيتها) عام : 1927م

ـ أضف الى ذلك نظرية: (اساءة استعمال الحق ـ أو الاستعمال غير المسموح للحق) التي ابتدعها القضاء الالماني استنادا الى : حسن النية ، وجعل منها نظرية شاملة تمتد الى كافة المجالات القانونية في الحقوق العينية والشخصية وقانون الأسرة والمرافعات والقانون العام .

ـ كما استنبط فقهاء الشريعة الاسلامية نظرية : (التعسف في استعمال الحق) من الكتاب والسنة ، وفقه الصحابة والقواعد الفقهية .(1)

هكذا : تبلورت (نسبية الحق) وظهرت (ضوابط

استعمال الحق) في نظرية معروفة سميت بنظرية : = التعسف في استعمال الحق) في الفقه والقضاء العربي وأخذت بها التشريعات الحديثة ، ومنها القانون الج... كما سنرى آجلا .(2)

---

(1) د : فتحي الدريني ـ التعسف ـ ص: 308 و 92 و 304 و 95 .
د : عبد المنعم فرج الصدة ـ اصول القانون ـ ص: 569 .
د : ثروت انيس الاسيوطي ـ الحق ـ ص: 27 ـ 32 .

(2) انظر المادة : 91 قانون مدني .
ـ والمادة : 72 من الدستور الجزائري .

المبحث الثالث

ضوابط استعمال الحق.

تمهيد :

ان نتائج الحق لا تظهر الا باستعماله ، أي ممارسته .

وبما ان غاية الحق ، ومدى استعماله ، تختلف في :

ـ المذهب الفردي . عنه في الاجتماعي .

وبعد تحديد غاية الحق ، ونسبيته ، في كلا المذهبين

لا يجوز استعمال الحق أو ممارسته الا في حدود تلك

الغاية والمدى .

وفي حال معارضة الاستعمال (للغاية أو المدى ، يصبح

استعمال الحق تعسفا .

فالتعسف : انحراف عن الغاية أو المدى .

ونظرا لكون الخلاف واقع بين المذهبين (الرأسمالي والاشتراكي)

في الغاية والمدى ، فان معايير (التعسف في استعمال الحق ،

لا بد أنها مختلفة أيضا باختلاف وجهات النظر .

ـ فما هي معايير التعسف في قوانين الدول ..؟

ـ وهل هذه النظرية عامة ، تشمل (الحقوق والاباحات)؟

ـ وبماذا أخذ القانون الجزائري ..؟ (1)

(1) ـ جوسران : روح الحقوق ونسبيتها ـ نظرية الانحراف في القانون ـ ط 2 ـ باريس 1939 رقم : 195 ـ ص : 259 (بالفرنسية) .
ـ د : فتحي الدريني ـ التعسف ـ ص : 12 و 21 و 38 و 39 و 42 و 54 و 309 .
ـ د : ثروت انيس الاسيوطي ـ الحق ـ ص : 27 . النظرية العامة للالتزام وهران ـ 1977 ـ ص : 295 وما بعدها .

المطلب أول

معايير التعسف.

باستقرائنا الماضي والحاضر، منذ عهد الرومان الى اليوم، نجد أن معايير التعسف في استعمال الحق قد تجلت في ثلاثة:

1) المعيار الذاتي أو الشخصي.

2) المعيار المادي أو الموضوعي.

3) المعيار المختلط.

- فالمعيار الذاتي: يقوم على نية الاضرار بالغير سواء كانت النية ثابتة أو مفترضة، وقد أخذ به كل من: القانون الروماني - الفرنسي - المصري القديم - والالماني لعام: 1896م. ومعياره في قوله: (يعتبر استعمال الحق تعسفا اذا وقع بقصد الاضرار بالغير).

- المعيار الموضوعي: ويقوم على منافاة استعمال الحق للغرض الاقتصادي والاجتماعي، الذي شرع من أجله، ومثاله: القانون المدني للاتحاد السوفييتي، ومعياره في نص المادة الثانية: «ان القانون يكفل الحقوق المدنية، الا أن يكون استعمالها مخالفا للغرض الاقتصادي، والاجتماعي، الذي وجدت من أجله».

أما اختيار المختلط : المدني بأخذ من كلا المعيارين السابقين بطرف ، ومثاله : القانون السويسري لعام 1907 والبولوني – الفرنسي – الايطالي – اللبناني – السوري – الليبي – والجزائري ، ولسان حاله يقول : = يعتبر استعمال حق تعسفا في الأحوال التالية :

– اذا وقع بقصد الاضرار بالغير .

– اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشيء للغير .

– اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .(1)

مطلب ثاني

الحقوق والاباحات ...

أولا : الحقوق :

رأينا أن القانون كان ومازال وليد الصراع بين المصالح ، يختار المصلحة (حسب نظرته : الفردية أو الجماعية) فاذا : اعتبر الفرد هو الأساس في المجتمع احتضن المصالح الفردية ، وفضلها على المصالح الجماعية .

(1) د : فتحي الدريني – التعسف – ص : 295 – 328 .
م : 41 قانون مدني جزائري .

فكان بذلك قانوناً فردياً ، اطلاقياً طالما ان رأسماليا .
القوى الغالبة فيه أقلية تتحكم بمصالح الأكثرية .

واذا اعتبر الجماعة هي الأساس ، احتضن المصالح
الجماعية ، ورجحها على المصالح الفردية ، فكانت تلك
المصالح حقوقا ، وكان القانون بذلك قانونا :
اجتماعيا شعبيا ، القوى الغالبة فيه أكثرية تحمي
مصالح الأكثرية والأقلية .

فالحقوق من حيث الأساس (الماهية) مصالح ،
سواء كانت (فردية أو جماعية) .
وهي من حيث (المنشأ) حرية مباحة ، تطلقها (الحادثة
أو الواقعة) وينظمها القانون ، فأصبحت حقا .
وان استعمال الحق على الوجه الصحيح ، بحيث لا ينافي
(الغاية والمدى) المقررين له ، ولجعله يحول في
حدودهما ، بجعلت (نظرية التعسف في استعمال الحق)
فالحقوق اذن : متأتية عن حريات أو : أفعال مباحة
في الأصل ، اذ الأصل في الأشياء
والأفعال الاباحة .[1] وفيما يلي توضيح :

(1) محمد سلام مدكور : الحكم التخييري أو نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء — (بحث مقارن) طبعة ثانية — 1965 — دار النهضة العربية — ص : 50 وما بعدها .

آ: الحق والحرية :

الحرية العامة : ترادف الرخصة ، والرخصة : هي الحرية المباحة في التصرف ، ويتكفل الدستور عادة بحماية الحريات العامة ، كرخصة مباحة للأفراد جميعا ، مثل : حرية التملك ـ التنقل ـ الحياة الخاصة ـ الرأي .. الخ .

ويستوي أفراد المجتمع في التمتع بهذه الحريات العامة ، على قدم المساواة في حدود القانون .(1)

ولهذا : فالحرية تمثل (اباحة أصلية) ومطلقة تقريبا للجميع وهي الأصل العام لكافة الحقوق ، ولا يقابلها التزام في مواجهة شخص معين .

أما الحقوق : فقاصرة على أشخاص معينين ، ويقابلها التزام في مواجهة الغير .

فالتملك مثلا : رخصة أوحرية للجميع غير محدودة الا في بعض الحالات ، أما الملكية : فهي حق مصلحة معينة مرسومة الحدود ، ويحميها القانون .(2)

فالحرية : ميزة تكون سابقة على انشاء الحق ، بينما الحق : مصلحة محدودة محكومة بشروط ، وهدف ظاهر ، الحرية : اباحة عامة للجميع ، وان ضوابط استعمال الحق ، لا ترد عليها ، بعكس استعمال الحق .(3)

---

(1) انظر المادة : 39 دستور .

(2) والمادة : 14 دستور جزائري أيضا .

(3) د : اسحق منصور : استعمال السلطة ـ ص : 3 و 4 .

د : عثمان سعيد عثمان ـ مرجع سابق ـ ص : 51 .

د : صدة : اصول القانون ـ ص : 6 .

ب : الحق والواجب :

قلنا : بأن التملك يعتبر حرية أو اباحة أصلية ، فاذا تملك الانسان شيئا ، انتقل من : التملك الى الملكية فأصبح له ما يدعى (حق الملك) أي انتقل من : حرية أو اباحة التملك الى حق الملكية ، فأصبح الشيء خاصا به بحدود النظام القانوني ، ويصبح على الناس احترام هذا الحق بعدم التعرض له في ملكيته أو استعماله .

فهذا الاحترام يدعى (واجب) وهو واجب عام على الكافة . أما اذا كان هناك دائن ومدين ، فالدائن له الحق ، والمدين عليه (واجب) وهو واجب خاص ، وعليه : يقال : (لكل حق واجب يقابله) (1).

لكن ، أداء الواجب في القانون الجنائي ، يأخذ شكل التنفيذ التلقائي للقانون من قبل الكافة ، أو تنفيذ أمر الرئيس من قبل الموظف العام . (2)

ج : القانون والحق والواجب :

رأينا أن القانون عبارة عن : قواعد اجتماعية ملزمة تحمي مصالح أي (حقوقا) وهذه القواعد تفرض بنفس

(1) د : عبد المنعم فرج الصدة — اصول القانون — ص : 6 .
(2) د : اسحق منصور — ممارسة السلطة — ص : 84 .

الوقت (واجبا) على صاحب الحق ، وواجبا على الاخرين باحترام هذا الحق وحسن استعماله ، ولذلك نجد أن : كل من (القانون ـ الحق والواجب) يكمل كل منهم الاخر ، ويدوران في حلقة واحدة .

د : الحق والوظيفة :

الوظيفة عند الفقهاء ثلاث :

1) وظيفة خاصة مستقلة : اذا كان صاحبها يعمل لمصلحته الخاصة دون اشراف الغير عليه .

2) وظيفة خاصة غير مستقلة : اذا كان العمل تحقيقا لمصلحة الغير الخاصة تحت اشراف هذا الغير .

3) وظيفة عامة : وهي أداء مهام للمصلحة العامة (للمجتمع) تحت اشراف هيئة عامة .

وهذه العامة هي التي تعنينا هنا ، والتي تأخذ معنى أداء الواجب ، المكلف به شخص وعليه أداؤه وليس له فرصة الاختيار للامتناع عن أدائه ، والا اعتبر مسئولا عن التقصير في الوفاء بمهمته .

فاذا كان (صاحب الوظيفة العامة) (وهو دائما موظف عام أو من في حكمه) مفوض بالسيطرة على شخص أو تولي شؤون شخص وتصريفها باسمه ولحسابه ، أعتبر صاحب سلطة ، يقوم بأداء واجب مكلف به ، .(1)

(1) انظر المادة 37 دستور .

وبذلك : فهو يستعمل (حق الدولة) في ممارسة سلطاتها ، ومن هنا تختلط التسميات ، فيقال :

ـ استعمال حق : ويقصد به استعمال حق الدولة . أو : ممارسة السلطة : بتخويله سلطة الدولة أو أداء واجب أو القيام بالوظيفة .[1]

وفي كل هذه التسميات لا اختيار (للموظف) وعليه القيام بما كلف به .

ـ في حين أن الحق مصلحة ولصاحبه الخيار باستعماله أو لا .[2]

ثانيا : الاباحات :

علمنا : أن الأصل في الأشياء والأفعال الاباحة وقد رأينا : أن الحق أساسه حرية عامة أو اباحة ، هذه الاباحة تدعى : اباحة أصلية .

الا أن هناك حقوقا أصلية صانها القانون ونص على حمايتها : كحق الحياة وسلامة البدن والشرف والاعتبار الشخصي ، وكل مساس بهذه الحقوق يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون .[3]

---

(1) د : عوابدي عمار ــ استعمال السلطة ــ رسالة دكتوراة 1981 .
(2) د : اسحق منصور ــ ممارسة السلطة ــ رسالة دكتوراة ص : 20 .
(3) م : 261 و 264 و 288 ع جزائري .

ومع ذلك فان القانون لاعتبارات المصلحة العامة ، (أذن في حالات ، وأمر في حالات) بالمساس بها ، (ودون أن يشكل ذلك المساس جريمة) واعتبر الفعل مبررا بالمصلحة العامة أو مباحا ، فاكتسب الفاعل حقا مبررا أو مباحا ، وسميت هذه الاباحة (اباحة استثنائية) لأن الحق هذا ليس أساسه اباحة أصلية ، بل العكس هو ضد حق مصون قانونا ، الا أن القانون الذي صان ذلك الحق ، أباح (في حالات) المساس به مبررا الفعل بالمصلحة العامة .

وعليه : اكتسب الفاعل حقا مبررا ، وله استعماله بحدود القانون ، واستعمال الحق هنا (يدخل في نطاق القانون الجنائي) لا المدني .

وهو الذي يدعى : استعمال الحق ... كسبب للتبرير .. موضوع رسالتنا هذه .

فاذا كان المستعمل لهذا الحق : شخصا غير موظف ، أو : موظفا ، ولكن استعماله لهذا الحق لم يكن بصفته موظفا ، بل بصفة أخرى (كأب أو زوج أو طبيب .. الخ) دعي الفعل بأنه (استعمال لحق) وهو الذي تضمنته المادة : 39 عقوبات جزائري بعبارة = لا جريمة اذا كان الفعل قد أذن به القانون .

أما اذا كان المستعمل لهذا الحق ، موظفا عاما ، واستعمل هذا الحق بصفته هذه ، دعي الفعل (ممارسة السلطة أو : استعمال السلطة أو : أداء الواجب) وتجاوزا يدعى : (استعمال الحق) باعتبار أن الفاعل يستعمل حق الدولة ، أثناء ممارسته الوظيفة أو السلطة ، وهو الذي تضمنته المادة : 39 عقوبات جزائري ، بعبارة : = لا جريمة اذا كان الفعل قد أمر به القانون .=(1).

وعليه :

فان الحق المؤسس على اباحة (أصلية) ، هو الذي يخضع استعماله الى ضوابط (نظرية التعسف في استعمال الحق) التي جعلت أساسا للحد من اطلاقه وتحديد مداه ، والتي نصت عليها القوانين المدنية ومنها القانون المدني الجزائري في المادة : 41 منه .

فهل : هذه النظرية تنطبق أيضا على (استعمال الحق والسلطة) كسبب للتبرير أو الاباحة ، والتي نص عليهما قانون العقوبات الجزائري في المادة : 39 منه .؟ بمعنى : هل التعسف نظرية عامة ..؟

هذا ما سنراه آتيا :

(1) نص المادة : 39 هو : = لا جريمة : اذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون =. وقد تصرفنا قليلا للتوضيح .

مطلب ثالث

هل التعسف نظرية عامة؟

يقول الفقيه (جوسران): « ان نظرية التعسف في القانون الخاص، ونظرية الانحراف في القانون العام، مرتبطتان لأنهما فرعان وارتبطان لجذع واحد، وكلاهما صدى لفكرة واحدة، تتلخص في أن امتيازاتنا سواء كان مردها الى القانون الخاص أو العام، وسواء تعلقت بأشخاصنا أو وظائف، فهي ذات قيمة اجتماعية، ويجب أن تكون مباشرتها متفقة مع ذلك الغرض الاجتماعي الذي قد يختلف باختلاف البلاد والظروف والعلاقات القانونية، ولكنه قائم دائما وفي كل مكان، لأنه روح حقوقنا، وبدون ذلك الغرض الاجتماعي تفقد تلك الامتيازات سبب وجودها وكل ما يبررها ».(1)

ويقول الدكتور (فتحي الدريني): « ان نظرية التعسف في الشريعة الاسلامية تشمل في نطاق تطبيقها الحقوق والاباحات ».(2)

كما يرى البعض: أنها نظرية ترد على استعمال الحق والسلطة سواء.(3)

---

(1) جوسران: روح ونسبية الحقوق – مرجع سابق ص: 259.
(2) د: فتحي الدريني – التعسف – مرجع سابق ص: 286.
(3) د: اسحق منصور – مرجع سابق ص: 12.

وعليه : فان نظرية التعسف ، هي نظرية عامة تشمل

في تطبيقها :

1) الحقوق المؤسسة على اباحة أصلية .

2) والحقوق أو السلطات المؤسسة على اباحة استثنائية .

في القانون الخاص والعام .

لكننا نرى : أن التعسف صحيح هو يرد على استعمال

الحق والسلطة ، الا أن المعايير تختلف [illegible] في

القانون الخاص عنها في العام ، كما تأخذ في العام

اسم : (نظرية الانحراف).(1)

وفي هذا المجال تفصيل طويل فليرجع الى المراجع (في الهامش).

مطلب رابع

القانون الجزائري والتعسف.

تنص المادة : 41 – من القانون المدني الجزائري على

ما يلي : = يعتبر استعمال حق تعسفا في الأحوال التالية :

1 – اذا وقع بقصد الاضرار بالغير .

---

(1) د. عادل الحجلاني – الوجيز في الحقوق الادارية مطابع دار الفكر دمشق 1959
– فالين مارسيل : الحقوق الادارية ط9 – باريس 1963 (بالفرنسية).
– دوجي : مبادئ القانون الدستوري – ط2 – 1925 – (بالفرنسية)
– جيز : المبادئ العامة للقانون الاداري – ط3 – 1925 (بالفرنسية).

2 ـ اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة الأهمية بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير.

3 ـ اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.[1]

ـ وتنص المادة : 72 ـ من الدستور الجزائري على ما يلي :

= يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة=.[2]

ـ وجاء في الميثاق الوطني ما يلي :

= ... كما يجب على الدولة أن تعاقب بشدة أي شطط في استعمال السلطة، سواء كان خرقا أو انكارا لحقوق المواطنين =.[3]

وعليه :

ومن هذه النصوص نرى : أن القانون الجزائري قد اعتبر التعسف نظرية عامة تشمل في تطبيقها القانون : الخاص والعام، أي : الحقوق والاباحات، بالمعنى الذي أوضحناه آنفا.[4]

---

(1) القانون المدني الجزائري لعام : 1975م.
(2) الدستور الجزائري لعام : 1976م.
(3) الميثاق الوطني الجزائري لعام : 1976م ص: 79.
(4) انظر صفحة : 71 من هذه الرسالة.

تمهيد :

نقسم هذا الباب الى فصلين .

1) نبحث في الأول : شروط الاستعمال .

التي نفرعها الى ثلاثة فروع :

- شروط تتعلق بالحق بدءا .
- شروط تتعلق بصاحب الحق .
- شروط تتعلق بالاستعمال نتيجة .

2) ونبحث في الثاني : التجاوز والجهل والخلط في الاستعمال .

التي نفرعها أيضا الى ثلاثة :

- التجاوز في الاستعمال .
- الجهل في الاستعمال .
- الخلط في الاستعمال .

فالى تلكم الفصول .. والفروع...

الفصل الأول

شروط الاستعمال .

- شروط تتعلق بالحق بدءا .
- شروط تتعلق بصاحب الحق .
- شروط تتعلق بالحق نتيجة .

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بالحق .

تتجلى هذه الشروط باثنين :

- وجود الحق .
- عدم النزاع فيه .

لذا نبحثهما في مبحثين :

المبحث الأول

وجود حق مقرر بمقتضى القانون .

يختار النظام القانوني من بين المصالح المتعارضة أو : المتصارعة ، ما يراها جديرة بالحماية (حسب القوى الغالبة) في المجتمع ، فيمنح القانون صاحبها الحق حتى يضمن حمايتها ، ولذا : فانه في حال (استعمال حق) وجب على

صاحبه أن يتأكد بأن حقه هذا مقرر له بمقتضى القانون .

ولفظ (قانون) الوارد في نص المادة : 39 عقوبات جزائري وغيره من القوانين المماثلة ، لا يقتصر على قانون العقوبات فحسب ، بل ويصدق على فروع القوانين الأخرى من النظام القانوني .

فأكثر الحقوق الخاصة ينص عليها القانون المدني ، وأهم الحقوق العامة ينص عليها القانون الاداري والدستوري (1)

1) فمن الحقوق المقررة بالدستور :

— اباحة ما قد يرتكبه أعضاء المجلس الوطني الشعبي ، (مجلس الشعب) من جرائم الذم (القذف) أو القدح والتحقير (السب)(م : 296 و 297ع . ج) الناجمة عن الآراء والافكار التي يبدونها في ممارستهم أعمالهم في المجلس وفي سائر اللجان المنبثقة عنه (م : 137 — دستور جزائري). والمادة : 93 — دستور مصري — و 66 — دستور سوري).

— اباحة ما قد يقع أثناء جلسات المحاكم من (ذم أو قدح) ، بخصوص القضاة والمحامين والخصوم ، استنادا الى حق الدفاع أمام القضاء (م : 176د . ج — 28د . س) الخ .

---

(1)د : محمود محمود مصطفى — مرجع سابق — ص : 160 .
د : رمسيس بهنام — مرجع سابق — ص : 341 .
د : عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق — ص : 330 .
د : احمد فتحي سرور — مرجع سابق — ص : 216 .
د : محمد الفاضل — مرجع سابق — ص : 329 .

2) ومن الحقوق المقررة في قانون العقوبات :

- اباحة المتابعة واصدار الامر او الحكم والتوقيع عليهما ضد شخص متمتع بالحصانة القضائية في حالة التلبس بالجريمة وذلك استنادا الى حقه في ممارسة عمله (م : 111ع • ج).

- اباحة الاجهاض اذا استوجبته ضرورة انقاذ حياة الام من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في خفاء وبعد ابلاغ السلطة الادارية (م : 308ع • ج) (وقد حكم بانه لا يعتبر حقا ما اختلف عليه الرأي في الشريعة الاسلامية وحرمه القانون مثل الاسقاط).(1)

3) ومن الحقوق المقررة في قانون الاجراءات :

- حق القبض الممنوح لكل من شاهد مجرما متلبسا بجناية أو جنحة مشهودة (م : 61 — • ج) (م : 112 — اصول محاكمات سوري).

- حق الاخبار أو التبليغ عن الجرائم (م : 300 — أ • ج — م : 25 — أ • مصري — م : 26 — أ • م • سوري).

---

(1) نقض القاهرة : 23/ 11/ 1959 — مج : 10 ص : 952 — رقم : 195 •
— انظر قانون العقوبات والاجراءات والدستور لكل من الجزائر سوريا مصر •

4) وفي مجال القانون المدني :

- تباح الفضالة وتعتبر سلوكا مشروعا ، وهي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك(م : 150 م . جزائري — 188م . مصري).

وتطبيقا لذلك اذا شبت النار في منزل صاحبه ، وسوغا تسبب تحطيم جاره بباب المنزل ليطفئ الحريق متفاديا ضررا أعظم لا يعتبر مرتكبا لجريمة اتلاف مال الغير أو الضرر بالغير عمدا ، والمنصوص عليها بالمواد : 128 — 130م . جزائري م: 361ع م

- يباح حبس الوديعة عن صاحبها الى حين استيفاء نفقات صيانتها ، فلا يكون هذا الحبس بالامتناع عن رد الوديعة مكونا لجريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها في المادة : 376 ع . ج والمادة : 200 م . ج تجعل لحائز أو محرز ، اذ هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أونافعة ، أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له (حكم بانه لا تتوافر جريمة التبديد في فعل المتهم الذي حبس منذ ياعا الى أن استوفى أجرة اصلاحه ، لأنه انما استخدم حقا مقررا بالقانون).(1)

---

(1) نقض القاهرة : 8/ 5/ 1967 — مج س : 18 — عدد : 02 — ص : 617 .

ويرى البعض:

أن الشريعة الاسلامية يمكن أن تكون مصدرا للحق، في حال صيرورتها قانونا وضعيا.

وهذا أمر بديهي (في حال صيرورتها قانونا) كما هو الحال عليه في (المملكة العربية السعودية) اذ دستورها القرآن، والدستور قانون، وكذلك الحال (في اسرائيل) فدستورها التوراة، والدستور قانون.(1)

وقد حكم بأنه لا يعتبر حقا ما اختلف عليه الرأي في الشريعة الاسلامية وحرمه القانون).(2)

لكن كلمة (القانون) لا تتسع لغير القواعد القانونية فلا تشمل قواعد (الأخلاق أو الدين) فالحقوق التي تقررها قواعد الاخلاق أو أحكام الديانات لا تخول ارتكاب الجرائم الجنائية.(3)

— ولا جدال في أن العرف لا يكون مصدرا لقاعدة من قواعد التجريم، فهي أخطر القواعد القانونية، ومن ثم لا بد من نص يقررها.

(1) د. ادمون رباط – الوسيط في القانون الدستوري العام –(هنا يكمن خطر اسرائيل اذ من المبادئ في التوراة وجود ستور: حدود اسرائيل من الفرات الى النيل) فهو مبدأ دستوري مخالفته تشكل خيانة عظمى–).
(2) نقض القاهرة 23/ 11/ 1959 مج س: 10 ص: 952 رقم: 195.
(المعلوم ان الشريعة الاسلامية تجيز الاسقاط (الاجهاض) مختبرة الجنين خلال الثلاثة اشهر الاولى حجرا لا روح فيه (انظر القوانين الفقهية لابن جزي)
(3) (عبد القادر عودة: يعطي الحق لكل مسلم وبدون اذن من الدولة بقتل كل مسلم مرتد عن دينه انى وجده (وكأننا نعيش شريعة الغاب – انظر كتابه: التشريع الجنائي الاسلامي – ج 1 و 2).
– د: محمود محمود مصطفى: مرجع سابق – ص: 163.

- ان المصرف يصح أن يعتبر مصدرا غير مباشر للقاعدة الجنائية من ناحية انه يحدد صورا من السلوك يعتبر اتيانها في ظرف معين استخداما لحق، رغم انها مما نص القانون على عقابه :

فبغير الاستناد الى العرف لا يمكن اباحة الظهور على الشواطئ، أو في أماكن السباحة بملابس الاستحمام، حيث تشكل جريمة مخالفة الآداب العامة أو انتهاك الآداب (م : 333 ع . ج)، ولا اجراء عمليات خرق الاذن لوضع حلية، أو عمليات الختان، التي تشكل جريمة احداث جرح أو ايذاء أو تشويه (م : 264 — 269ع . ج)، ومن قبيل ذلك ما جرى عليه العرف في الصحافة من نقد، الأصل فيه انه بسبب علانيته يعتبر قذفا (م : 296 — 298ع . ج) (وقد حكم بان النقد المباح هو ابداء الرأي في أمر أو عمل دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته .)(1)

وكذلك ممارسة الالعاب الرياضية وما يحدث عنها من جروح أو قتل، تشكل جرائم : أعمال العنف العمدية، (م : 164ع . ج) تستند الى العرف لا الى نص القانون .(2)

---

(1) نقض القاهرة : 2/ 11/ 1965 — مج س: 16 — رقم : 149 ص: 787 .
د : محمد الفاضل — مرجع سابق — ص: 329 .
د : رمسيس بهنام — مرجع سابق — ص: 342 .
(2) د : محمود محمود مصطفى : مرجع سابق — ص: 166 .

والفقه الحديث ، يتجه الى التوسع في تفسير قواعد الاباحة فيرى ، اباحة الفعل متى كان استعمالا لحق ، ولو كان مصدر هذا الحق هو العرف ، معللين ذلك بأن : كلمة (القانون) الواردة في النص تعني مطلق القاعدة القانونية ، ولا يشترط فيها أن تصدر من السلطة التشريعية ثم ان : قياس قاعدة الاباحة على قاعدة التجريم هو قياس مع الفارق ، فقاعدة التجريم قيد يرد على الاصل ، (وهو حرية الانسان في التصرف) بينما أن قاعدة الاباحة تفك هذا القيد ، ومن البديهي أن يكون القيد بقانون يصدر من السلطة التشريعية ، ولكن لا يشترط أن يكون التحلل من القيد بنفس الاداة .(1)

— وقد يحظر المشرع بنص صريح حقا جرى العرف به ، فعندئذ يعمل بالقانون المكتوب ولا يكون للحق وجود ، فاذا اجرى العرف باباحة عمليات الختان لحلاقي الصحة فجاء المشرع وحظر على هؤلاء أو بعضهم اجراء العمليات المذكورة فلا يجوز لهم بعد ذلك الدفع بحق اكتسبوه من العرف .(2)

---

(1) د : محمود نجيب حسني — مرجع سابق — ص : 151 .

(2) د : محمود محمود مصطفى — مرجع سابق — ص : 163 .

— والقضاء المصري وان لم يصرح باعتبار العرف مصدرا لقواعد الإباحة إلا أن الكثير من أحكامه لا يفسر إلا بذلك، فقد جرى قضاء النقض على أن للصحافة الحق في نشر الحوادث والنعي على التصرفات أو نقدها، فلا تسند جريمة القذف إلى الناشر متى كان النشر في الحدود المقررة للحق، ومن المعلوم أنه لا يوجد قانون يبيح ذلك، ولكن جرى به العرف فالتزمه القضاء، لأن النص الغاية المقصودة بالإباحة تعلو على الغاية المقصودة بتجريم القذف (كما قضت محكمة النقض بإباحة التأديب الذي يقع من المخدوم على الخادم).[1]

— أما في فرنسا: حيث القضاء والفقه قد استخلصا الإباحة من (نص المادة: 327 عقوبات فرنسي) التي تنص على حق القتل والجرح والضرب بناء على إذن القانون وأمر السلطة الشرعية، والمادة (328 عقوبات فرنسي) على حق الدفاع الشرعي، والتي ترسي مبدأ عاما تصدر عنه كل الحقوق التي يأذن القانون باستعمالها استعمالا مباحا، حتى ولو كان مصدرها العرف، وفي هذا يقول (بوزا): «يمكن أن يتضمن إذن القانون ما يمكن تسميته بعبارة أدق: إذن القانون».[2] وهناك رأي مخالف.[3]

(1) د: أحمد فتحي سرور — مرجع سابق — ص: 219.
(2) بوزا: مرجع سابق — ص: 209.
د: عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق — ص: 334.
(3) فالاتحاد السوفيتي لا يأخذ بالعرف ولا يعتبره مصدرا للقانون (د: ثروت: القانون — ص: 192.

المبحث الثاني

عدم النزاع في الحق .

عدم النزاع في الحق يعني : أن لا يكون الحق محل نزاع .

ومن الاصول المقررة في القانون := أن الانسان لا يقيم العدالة لنفسه =.(1)

فاذا كان الحق متنازعا عليه لا يجوز لمن يدعيه أن يقرره لنفسه ، ويستعمله بناء على ذلك ، وانما عليه أن يسلك الطريق المرسومة في القانون لتقرير الحقوق عند التنازع وذلك بسلوك سبيل القضاء أو الاحتماء بالسلطة لحماية الحق ، فهذا أدعى الى تحقيق الأمن والطمأنينة ، ويمكن القضاء من الوصول الى الحقيقة واقامة العدل بين الناس.

ومتى كان الحق متنازعا عليه ، فان استعماله لا يكون غير مشروع فحسب ، بل اذا كوّن (استعماله) جريمة ، فانه يبيح لمن وقع عليه الاعتداء دفع الاعتداء استنادا الى الدفاع الشرعي ، متى توافرت شروطه .

(م : 39ع ، ج) .

---

(1) د. محمود نجيب حسني – مرجع سابق ص: 181 .
– انظر المادة : 278 عقوبات ليبي .
– المادة : 429 عقوبات لبناني .
– المادة : 190 عقوبات عماني .

وفي هذه الحالة يجيز القانون (استثناء) للمعتدى عليه، أن يقيم العدالة لنفسه، وذلك لما تقتضيه الظروف من العمل في الحال، مما لا يتأتى للسلطة العامة.(1)

وقد أيد ذلك القضاء في كل من: مصر وفرنسا:

- ففي مصر: حكم بأنه يعتبر سارقا الدائن الذي يختلس مالا مملوكا للمدين وفاء لدينه، فاستيفاء الحقوق له طرق واجراءات خاصة نظمها القانون.(2)

- وفي فرنسا: بأن الشخص لا يجوز له دخول غرفة مفروشة بمفتاح مصطنع، حتى ولو كان قد اعتاد دخولها بإذن ضمني أثناء وجود الساكن، بحجة أنه يودع فيها بعض أوراقه.(3)

- أما في انكلترا: فقد عرضت على القضاء الانكليزي قضايا عديدة تمثل صور للتنازع على الحق فيما يتعلق بالسرقة وخيانة الأمانة وبعض جرائم التعدي،

والاتجاه السائد في هذا القضاء هو قبول دفع المتهم بأنه له حقا يخوله ارتكاب الفعل المشكو منه متى قام في ذهنه اعتقاد صادق مصحوب بحسن النية.

وعليه: فقد برئت سيدة من تهمة طلب المال بالتهديد بعد

(1) د: طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ص: 37.

(2) د: محمود محمود مصطفى - مرجع سابق - ص: 172.
- المادة: 419 عقوبات سوري.

(3) د: عثمان سعيد عثمان - مرجع سابق - ص: 337 و 341.

على أساس أنها كانت تعتقد اعتقادا صادقا ، بأن لها الحق في مطالبة المجنى عليه بالوفاء بباقي ما وعد به من مبلغ ، على سبيل المساعدة.(1)

– والقانون الجزائري : بعد أن أعطى المؤجر : حق حبس جميع المنقولات ضمانا لكل حقوقه ، نص عليه في الفقرة الثانية من المادة (501 مدني) استعمال هذا الحق اذا كان نقل هذه الأشياء (من قبل المستأجر) لأمر تقتضيه حرفته أو شؤون الحياة العادية.(2)

واعتبر الحق متنازعا عليه أو فيه اذا : رفعت من أجله دعوى ، أو كان محل نزاع جوهري.(3)

---

(1) د : عثمان سعيد عثمان – مرجع سابق ص : 341.

(2) القانون المدني الجزائري لعام : 1976م.

(3) المادة : 400 قانون مدني جزائري.

الفرع الثاني

شروط تتعلق بصاحب الحق .

تتمثل هذه الشروط في :

- حسن النية .
- صاحب الحق وما يستعمله .
- استعمال الحق بالنيابة .
- رضاء المجني عليه .

ونبحثها في أربعة مباحث :

المبحث الأول

حسن النية .

اعتبر قانون العقوبات الجزائري وغيره من القوانين، أن استعمال الحق يشكل سببا للتبرير أو الاباحة ، وذلك نظرا لأن هذا الاستعمال يحقق مصلحة اجتماعية أجدر بالحماية من المصلحة التي لم تنل الحماية بسبب هذا الاستعمال .

وعليه : يجب أن يستهدف صاحب الحق (المحمي) : (تحقيق تلك المصلحة الاجتماعية التي شرع الحق من أجلها).

باعتبار أن : = الحق مصلحة اجتماعية محمية بالقانون = ،

وهذا ما اصطلح على تسميته : (بحسن النية).

وقد حرص المشرع الجزائري على الاشارة الى هذا الشرط

في عدة مواد : منها (201 و 263 عقوبات) وغيرها سنأتي

على ذكرها .

— ومن تطبيقات هذا الشرط :

1) استعمال حق الطبيب في العلاج ، فيجب أن يثبت أن

عمل الطبيب كان دائما بقصد العلاج (حسن النية).

2) حق الزوج في تأديب زوجه ، فيجب أن يمارس دائما

بقصد التأديب (حسن النية) لا بقصد الانتقام .

3) حق ولي النفس في تأديب الأولاد ، فيجب أن يكون

بقصد التأديب (حسن النية).

4) الحق في ممارسة الألعاب الرياضية ، فيجب ممارسته

في حدود الغاية التي قصدها القانون من اباحة

ممارسة هذه الالعاب ، فلا يجوز للاعب أن يتستر وراء

الحق اذا قصد الاضرار لاشباع ضغائن أو أحقاد .

5) حق القابض على المجرم المتلبس بالجريمة (حسن النية).

6) والناقد في نقده .. والمدافع أمام العدالة في

دفاعه ، حيث يجب توافر (حسن النية) لا التشهير ..الخ

- والملاحظ أن هذا الشرط (حسن النية) ليس الا تطبيقا لنظرية (التعسف في استعمال الحق) وأحد ضوابطها.[1]

كما يتضح مدى فهم مدلول (حسن النية) على ضوء أساس التبرير أو الاباحة، وهو تغليب المصلحة الأجدر بالحماية على المصلحة المحمية بالنص الذي يحدد الجريمة المعتدى عليها.[2]

ومهما تباينت الفلسفات التي تنتهجها التشريعات المختلفة فقد استقر الأمر[3] (كما رأينا في ضوابط استعمال الحق) على أن الحقوق لا يمكن أن تكون مطلقة بغير قيود تتضمن ممارستها في اطار الغاية من تقريرها.

وبناء على ذلك: لا يقال أن ثمة استعمال لحق طالما سيطرت عليه (سوء النية) فانه في هذه الحالة ينقلب الفعل الى جريمة عمدية.[4]

---

(1) من هنا تتجلى مدى ضرورة تلكم النظرية (أولا) كما فعلنا في الباب الاول، فلم نتعرض لها والتعرف عليها حبا في التعسف بل لضرورتها في ابحاثنا الحالية والمقبلة.

(2) د. احمد فتحي سرور: مرجع سابق ص: 224.
- انظر المادة: 12 عقوبات اماراتمتحدة.
- والمادة: 297 عقوبات قطري.

(3) انظر صفحة: 30 وما بعدها من هذه الرسالة.

(4) د: عثمان سعيد عثمان - مرجع سابق ص: 390.

ولكن ما هو المقصود (بحسن النية) بصفة عامة في القانون ، ثم بصفة خاصة فيما يتعلق (بما ستعمال الحق) وما المعيار المأخوذ به للقول بوجود (حسن النية) أو : (سوء النية) ..؟

سنرى ذلك في الابحاث التالية :

- حسن النية في القانون المدني .
- حسن النية في القانون الجنائي .
- حسن النية في استعمال الحق .
- معيار حسن النية .

في المطالب الأربعة التالية :

المطلب الأول

حسن النية في القانون المدني .

أولا : في القانون الروماني :

رأينا في (معايير التعسف.) أن القانون الروماني قد أخذ بالمعيار الشخصي باشتراطه (حسن النية) ، في استعمال الحقوق ، وتعتبر فكرة (حسن النية) من قواعده المشهورة ، وهي تعني : الاخلاص والأمانة...

في النوايا ، كما أنها بمثابة مبدأ ينبغي أن يتوفر في تصرفات الناس ، حتى تستقر المعاملات ، وتسود الثقة.[1]

هذا في القانون الروماني . أما في :

ثانياً : القانون الكنسي :

تعني حسن النية هنا : الاعتقاد الخالص من الشوائب هذا الاعتقاد الذي يقوم في نفس الانسان ، ويبعده عن ارتكاب الاثم والوقوع في الجريمة أو الجرائم عامة بتعامله مع الغير . وفي :

ثالثاً : القانون الفرنسي :

حيث تقضي المادة (550) من القانون المدني الفرنسي : بأن يكون الحائز (حسن النية) عندما يحوز كمالك ، بفضل السبب الناقل للملكية والذي يجهل عيوبه ، ولكنه لم يعد حسن النية منذ اللحظة التي يعلم فيها بهذه العيوب .

(فحسن النية) هنا يقوم على : الجهل بعيوب تجعل من التصرف سبباً غير كاف لترتيب نتائجه القانونية .[2]

---

(1) د : عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق — ص : 392 .

(2) د : فتحي الدريني — التعسف .. ص : 295 .

رابعا : في القانون المصري :

ونفس المعنى السابق نلاحظه في المادة : (965) من القانون المدني المصري ، التي تنص : (يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير الا اذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم)[1].

خامسا : القانون الالماني :

في حين تنص المادة : (226) من القانون المدني الالماني : على الاضرار بالغير (لا يباح استعمال الحق ان لم يكن له من غرض سوى الاضرار بالغير) أي (سوء النية).

سادسا : القانون السويسري :

وتنص المادة (02) من القانون المدني السويسري على : وجوب استعمال الانسان لحقوقه ، وتنفيذه لالتزاماته طبقا لمقتضى (حسن النية) وان الاساءة الظاهرة في استعمال الحق لا يحميها القانون .[2]

(1) د : عثمان سعيد عثمان - مرجع سابق - ص : 393 .
(2) د : فتحي الدريني - مرجع سابق - ص : 328 .

سابعا : القانون السوفيتي :

تنص المادة (02) من قانون الجمهوريات الاتحادية السوفيتية على :(أن القانون يكفل الحقوق المدنية ، الا أن يكون استعمالها مخالفا للغرض الاقتصادي والاجتماعي ، الذي وجدت من أجله). وحسن النية هنا يتجلى بتطابق الاستعمال مع الغرض الاقتصادي والاجتماعي .(1)

ثامنا : القانون المدني السوري :

تنص المادة (05) من القانون المدني السوري على أن : (من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عن ذلك من ضرر ، الا اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير) فحسن النية هنا هو عدم قصد الاضرار بالغير .(1)

تاسعا : القانون المدني الجزائري :

تنص المادة (41) من القانون المدني الجزائري على أنه : (يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية :

ـ اذا وقع بقصد الاضرار بالغير .

ـ ....

ـ ....) فحسن النية هنا هو عدم قصد الاضرار .

(1) د : فتحي الدريني ـ التعسف ، ص : 333 .
ـ د : عثمان سعيد عثمان ـ مرجع سابق ص : 393 .

وتنص المادة : (141) منه (كل من نال عن (حسن نية) من عمل الغير أو من شيء له منفعة ، ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الا ثرا ء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء).

والمادة : (399) منه أيضا : (اذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم ، وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية).

والمادة: (501) منه : (يحق للمؤجر ضمانا لكل حقوقه الثابتة من عقد ، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دام حق المؤجر ثابتا عليها ، ولو لم تكن مملوكة على ملك المستأجر ، وللمؤجر أن يتعرض لنقلها ، فاذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه كان له الحق في استردادها ممن حازها ولو عن (حسن نية) دون اضرار بحقوق الحائز).

والمادة : (514) منه : (للشاغلين عن (حسن نية) للأماكن المعدة للسكن ...

والمادة : (595) منه أيضا : (اذا باع وارث المودع لديه الشيء المودع وهو عن(حسن نية)....

وغيرهم من المواد .. الخ .

فمما تقدم : نلاحظ أن فكرة (حسن النية) تتأرجح

بين أمور ثلاثة :

1) اذا تصرف صاحب الحق وهو يجهل حقيقة معينة.

2) اذا تصرف وهو واقع في غلط.

3) اذا تصرف وهو لا ينوي الاضرار بالغير.(1)

= وقد حكم لدى المجلس الأعلى بالجزائر بأن : (

(لجميع الشاغلين (بحسن نية) الحق في البقاء في الأمكنة

مهما كان تاريخ بنائها).(2)

—

المطلب الثاني

حسن النية في القانون الجنائي .

هل مدلول (حسن النية) في القانون الجنائي نفسه

في القانون المدني ..؟ سنبين ذلك في كل من :

1) القانون الجنائي الانكليزي :

لا نجد في هذا التشريع تعريفا مباشرا (لحسن النية)

---

(1) د : عثمان سعيد عثمان - مرجع سابق - ص : 394.

- د : فتحي الدريني - التعسف. ص : 333.

- القانون المدني الجزائري لعام : 1976م.

(2) النشرة القضائية الجزائرية - عدد : أول - عام : 1980م.

الا أن المكمبيالات لعام 1882م خصصت له المادة (90) التي تنص: (على أن يقال بأن الشيء قد عمل بحسن نية ، وفقا لهذا القانون ، اذا كان قد عمل حقا بأمانة ، بصرف النظر عما اذا كان قد عمل باهمال أم لا).

ـ أما الفقه : فيفهم منه : أن (حسن النية) يطابق الصدق والامانة .

في حين نجد القانون الهندي المأخوذ عن الانكليزي يعني (بحسن النية) الحرص والانتباه اللازمين ، وهو بذل جهد حقيقي للوصول الى معرفة الحقيقة ، مع استبعاد الاعتقاد اذا كان سخيفا أو بغير أساس).

وعليه : تنص المادة (52) عقوبات هندي : (أنه لا يقبل الدفع بحسن النية ، عن فعل الشيء أو الاعتقاد فيه ، اذا حصل الفعل أو الاعتقاد فيه بغير ما يجب بذله من عناية وانتباه).(1)

وقد حكم في الهند : بأن الشخص اذا كان مثقفا ويسكن في مدينة يتوفر فيها العلاج ووسائل الطب الحديث ثم يربط أخيه الذي يعاني من نوبات جنونية حادة تتخللها فترات صحو مؤقتة ، ويتركه موثقا لمدة أكثر من ثلاثة أشهر بصورة قاسية وغير ضرورية فانه يعتبر أنه قد تصرف بغير الحرص والانتباه اللازمين .(1)

(1) جورج وليامس ــ القانون الجنائي ــ قسم : ب ــ ص: 181 .

كما حكم بأن الشخص الذي يأذن لعما له بالعمل في منطقة معينة خارجة عن المكان المصرح به له ، وتبعد عنه بمسافة كبيرة يعتبر أنه لم يكن يتصرف (بحسن نية).(1)

2) في القانون الجنائي الفرنسي :

لم يتعرض هذا القانون ، الى حسن النية ، لكن الفقه قد تعرض لها ، بمعرض الكلام عن القصد الجنائي ، أو الغلط والجهل بالقانون ، وبصفة عامة عند البحث في الركن المعنوي للجريمة .

— فقد تناوله الفقيه (جارسون) بصدد تحديد فكرة القصد الجنائي ، فأوضح : أن (حسن النية) أو (سوئها) عبارة عن حالة ... من حالات الضمير ، وانه اصطلاح غامض من العسير تعريفه بدقة ، كما أن القصد ظاهرة نفسية للعقل ، ثم صور العلاقة بينهما بأنه :

— اذا كان حسن النية هو السبب .

— فان انعدام القصد هو النتيجة .

فالقصد منعدم ، لأن الفاعل حسن النية ، ثم يلاحظ أن هذا التمييز لا قيمة له من الناحية العملية ، لأن حسن النية في الواقع لا يبرر الفعل الا اذا ترتب عليه عدم القصد الآثم .

(1) د : عثمان سعيد عثمان ـ ص : 397 .

وأن الدفع بحسن النية ، يعني انكار التصرف بقصد أو بعلم بالطبيعة الجنائية للفعل .

ومن جهة فان اثبات (سوء النية) هو برهان على أن الفاعل قد أراد الجريمة كما هي ، فارتكب عنصرها المادي وهو عالم بأنه يرتكب جريمة يعاقب عليها القانون .

ثم يتساءل : عن ماهية أثر الخطأ أو الجهل على :

(حسن أو سوء النية) لدى الفاعل ..؟

فينتهي : الى أن القاعدة المستقرة فقها وقضاء هي : عدم الاعتذار بجهل القانون أو الغلط فيه .[1]

— ويرى الفقيه (بوزا) : أن (حسن النية) عنصر في الغلط بالوقائع ، فهو ينفي الجريمة العمدية ، لأن الجريمة العمدية تفترض سوء النية ، والغلط في الوقائع يتضمن حسن النية ، فاذا قتل الجاني شخصا يظنه حيوانا ، فلا يعاقب بجريمة القتل العمد ، حيث لا يوجد لديه القصد لهذه الجريمة ، على أن الغلط في الوقائع لاينفي الجريمة غير العمدية ، فهذه الجريمة غالبا ما تكون جريمة اهمال ، فالصياد الذي يقتل انسانا يحسبه حيوانا يعاقب على القتل باهمال .[2]

(1) د : عثمان سعيد عثمان ص : 400 .
(2) بوزا — المرجع السابق ص : 147 .

الا أن الغلط في شخص المجني عليه ، وان كان من قبيل الغلط في الوقائع ، الا أنه لا ينفي قيام القصد الجنائي لأنه يكفي فيه أن ارادة الجاني قد اتجهت لقتل شخص أيا كان ، وهذه النتيجة بذاتها يجرمها القانون ، ومن ثم لا توجد (حسن النية) طالما انصرفت هذه النية الى مخالفة القانون بقتل أحد الناس .(1)

— وهكذا : نرى أن الفقه الفرنسي قد صور (حسن النية) في القانون الجنائي ، على أنه عامل نفسي من شأنه أن ينفي القصد الجنائي لدى الفاعل من حيث هو سبب في قيام الغلط ، ولكن أثره قاصر على الغلط في الوقائع ولا يعتد به بالنسبة للغلط في القانون ، لاصطدام ذلك بقاعدة أخرى لا مناص من نفاذها وهي : عدم العذر للجهل أو الغلط في القانون .(1)

3) في القانون الجنائي المصري :

أيضا لم يعرف القانون الجنائي المصري (حسن النية) ، الا أن هناك مواد عديدة في قانون العقوبات تشير اليه ، مستعملة أحيانا عبارة حسن النية ، أو بنية سليمة ؛

(1) بوزا — المرجع السابق ص: 147.
د: عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق ص: 400.

كما ان البعض يحتوي على المعنى العكسي لحسن النية ، (كسوء القصد) أو (سوء النية).

فالمادة (60) عقوبات تقضي بأنه : لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب (بنية سليمة) عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة (القانون).

والمادة (63) عقوبات تقرر في فقرتها الثانية أنه : لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف أميري ... اذا (حسنت نيته) وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو اعتقد ان اجراءه من اختصاصه ، وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل الا بعد التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته ، وان اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة .

والمادة : (302) عقوبات ، في فقرتها الثانية تنص على أنه : ومع ذلك فالطعن في أعمال موظف عام أوشخص ذي صفة نيابية او مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم هذه المادة ، اذا حصل (بسلامة نية) ومثلها المادة : (304) عقوبات بشأن الاخبار (بحسن نية).(1)

---

(1) د : محمود نجيب حسني - مرجع سابق - (اسباب الاباحة) ص : 94 .
- المادة : 29 عقوبات كويتي .

وقد قيل : أن شرط (حسن النية) هو مسألة من المسائل المتعلقة بالوقائع ، لا يمكن أن نقرر لها قاعدة ثابتة ، لكن يلزم على الاقل أن يكون موجه الانتقاد يقصد في ضميره صحته حتى يمكن أن يعد صادراً عن (سلامة نية) وأن يكون قد قدر الامور التي نسبها الى الموظف تقديراً كافياً ، وأن يكون انتقاداً للمصلحة العامة (أي لأجل المصلحة العامة) لا لسوء قصد .

وقد استلهم القضاء المصري قصد المشرع في استخلاص (حسن النية) ملتزماً عدالته في هذا الشأن ، فحكم بأنه : يجب لتطبيق المادة : (261) عقوبات قديم والتي تقابل المادة (302) عقوبات حالي ، لفائدة من انتقد موظفاً عمومياً بإحدى الطرق المبينة أن يحصل الانتقاد بطريقة معتدلة ولخدمة المصلحة العامة ، لا أن يكون الباعث شفاء ضغائن وأحقاد شخصية . (1)

كما أن الفقه المصري متفق مع الفقه الفرنسي في تصويرهما (لحسن النية) حيث يراه : عبارة عن انتفاء القصد الجنائي ويقول الدكتور : (محمود نجيب حسني) : احسن النية مدلول مستقر في القانون الجنائي هو انتفاء القصد الجنائي ، ذلك أن القصد هو ارادة متجهة الى مخالفة القانون ، أي متجهة

---

(1) انظر : د : عثمان سعيد عثمان ــ مرجع سابق ــ ص : 402 .
ــ المادة : 83 عقوبات إمارات عربية متحدة .

الى الاعتداء على الحقوق التي يحميها القانون ، فمن انتفت هذه الارادة لديه فلم يكن يستهدف بها مخالفة القانون او الاعتداء على حقه ، فقد انتفت لديه (النية السيئة) وتوافر لديه (حسن النية).

وهذا يعني أن (حسن النية) هو الالتزام بالاستقامة والاخلاص ، وعدم انتواء الضرر للغير أو الاعتداء على أي حق .(1)

4) في القانون الجنائي الجزائري :

اذا لم يعرف القانون الجنائي الجزائري (كغيره من القوانين) (حسن النية) الا أن بعض مواده قد أتت على ذكر : (حسن النية) و (سوء النية) صراحة ، وبعضها ضمنا وبعبارات مختلفة :

فالمادة : 263 عقوبات ، تنص على ما يلي :

1 ـ يعاقب على القتل بالاعدام اذا سبق أو صاحب أو تلى جناية أخرى .

2 ـ كما يعاقب على القتل بالاعدام اذا كان الغرض منه اما اعداد او تسهيل او تنفيذ جنحة أو تسهيل فرار مرتكبي هذه الجنحة أو الشركاء فيها أو ضمان تخلصهم من عقوبتهم .

(1) د : محمود نجيب حسني ـ أسباب الاباحة ـ ص : 95 .

3 ـ ويعاقب القاتل في غير ذلك من الحالات بالسجن المؤبد .

4 ـ وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه الفقرة ، يجب على القضاء بمصادرة الأسلحة والاشياء والآلات التي استعملت في ارتكاب الجناية ، مع حفظ حقوق الغير حسن النية .

(فالقاتل متعمد القتل هو دائما سيء النية ، مرتكب لجريمة ومعاقب عليها ، أما الغير كما في هذه الحالة بالنسبة للاسلحة وغيرها فقد تكون مستعارة وصاحبها لا يعلم أنها ستستعمل للقتل فهو (حسن النية) فلا جريمة ولا عقاب اذا كانت حيازته لها حيازة قانونية . والقتل هو ازهاق روح انسان عمدا . م : 254ع.ج).

والمادة : 201 عقوبات جزائري : (1)

تنص :

1 ـ لا عقوبة على من تسلم نقودا معدنية أو أوراقا نقدية مقلدة أو مزيفة أو ملونة ، وهو يعتقد أنها صحيحة وطرحها للتداول وهو يجهل ما يعيبها .

(1) انظر قانون العقوبات الجزائري المعدل بالقانون رقم : 04 تاريخ : 13 / 2 / 1982م ـ الجريدة الرسمية عدد : 07 السنة : 19 تاريخ : 16/ 2/ 82

2 ـ كل من طرح النقود المذكورة للتداول بعد أن يكتشف ما يعيبها ، يعاقب بالحبس من شهر الى ستة أشهر وبغرامة تساوي أربعة أضعاف المبلغ الذي طرحه للتداول بهذه الكيفية .

(فتسلم النقود وهو يعتقد أنها صحيحة (وهي مزورة) ويجهل ما يعيبها ، يعتبر (حسن نية) فلا عقوبة عليه ، أما اذا اكتشف عيبها وطرحها للتداول يعتبر هنا (سيء النية) فالجريمة قائمة والعقوبة واجبة). ونلاحظ هنا أن حسن النية والجهل في الوقائع يعتبران سببا مانعا للعقوبة ، لا سببا تبريريا .

والمادة : 273 عقوبات جزائري ، تنص على أن :

كل من ساعد عمدا شخصا في الافعال التي تساعده على الانتحار أو تسهيله له أو زوده بالاسلحة أو السم أو بالآلات المعدة للانتحار مع علمه بأنها سوف تستعمل في هذا الغرض ، يعاقب بالحبس من سنة الى خمس سنوات . (فالمساعدة العمد والعلم بالاستعمال لغرض الانتحار يعتبر (سوء نية) أما اذا انتفى العلم بالاستعمال لغرض الانتحار (فحسن النية) قائم . [1]

---

(1) انظر قانون العقوبات مع التعديلات ـ محمد طالب يعقوبي 1977 .

والمادة : 300 عقوبات ، تنص على أن :

1 — كل من أبلغ بناية طريقة كانت رجال الضبط القضائي أو الشرطة الادارية أو القضائية بوشاية كاذبة ضد فرد أو أكثر أو أبلغها الى سلطات مخول لها أن تتابعها أو أن تقدمها الى السلطة المختصة أو الى رؤساء الموشى به أو الى مخدوميه طبقا للتدرج الوظيفي أو الى مستخدميه ، يعاقب بالحبس من ستة أشهر الى خمس سنوات ، وبغرامة من : 500 الى : 15000 دينار ويجوز للقضاء علاوة على ذلك أن يأمر بنشر الحكم أو ملخصه في جريدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

2 — ....

3 — ....

(فالبلاغ الكاذب دليل (سوء النية) فالجريمة قائمة والعقوبة واجبة).

والمادة : 303 عقوبات ، تنص على أن :

كل من يفض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة الى الغير وذلك (بسوء نية) وفي غير الحالات المنصوص عليها في المادة : (137) يعاقب بالحبس من شهر واحد الى سنة ، وبغرامة من : 500) الى : 3000 دينار أو باحدى العقوبتين .

(نسوء النية يقيم الجريمة ويوجب العقوبة ، أما اذا حصل الفض أو التلف ، بحسن نية ، فلا عقوبة ، أما الحالات التي المادة : 137 عقوبات فهي خاصة بالموظف).

والمادة : 264 عقوبات ، تنص على أن :

---

1 ـ كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو الاعتداء ، يعاقب بالحبس من شهرين الى خمس سنوات ، وبغرامة من : 500 م الى : 10000 د . ج اذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز عن العمل لمدة تزيد على خمسة عشر يوما .

4 ـ واذا أفضى الضرب أو الجرح الذي ارتكب عمدا الى الوفاة دون قصد احداثها ، فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات الى عشرين سنة .(دون قصد هنا خففت العقوبة فقط).(1)

وهذه المادة : 275 عقوبات ، تنص على أنه :

---

1 ـ يعاقب بالحبس من شهرين الى ثلاث سنوات وبغرامة من : 500) الى : 2000 دينار كل من سبب للغير مرضا أو عجزا على العمل الشخصي وذلك بأن أعطاه عمدا وبأية

---

(1) هذه المادة معدلة بالقانون رقم : 04 / 82 تاريخ : 13/ 2/ 1982م .

دامـريـقة كمـا نـست، وبـد ون قـصد احـد اثـ ا الـوئمـاة مـواد ضارة

بالصـحـة .

5 ــ واذا أدت الـوئمـاة د ون قـصد احـداثـها تتكـون الـعقوبة

السـجن المـوقـت من عشـر سـنوات الى عشـريـن سـنة .(كـذلك

(د ون قـصد) هنـا خـففت الـعقوبـة).

والمـادة : عقـوبات ،تنـص علـى أنـه :

1 ــ يعـا قـب بـالـحبس مـن سـنة الـى خـمس سـنوات ،وبغـرامـة

لا تـقل عـن قـيمة الشـيك أو عـن النـقص فـي الـرصـيد .

ــ كـل مـن أصـدر (بسـوء نـية) شـيكا لا يـقابلـه رصـيد قـائم

وقـا بـل للصـرف أوكـان الـرصـيد أقـل مـن قـيمة الشـيك أوقـام

بسـحب الـرصـيد كـلـه أوبـعضـه بـعـد اصـدار الشـيك أو منع

المـسحوب عليـه مـن صـرفـه .

(وقـد حـكم فـي مجلـس قضـاء ورقـلـة فـي الـجـزائر بـأن :

تـتوفـر (سـوء الـنية) فـي جـريـمة اصـدار شـيك بـد ون رصـيد

مـن علـم الـمتـهم وقـت اصـداره الشـيك بـعد م كـفايـة الـرصـيد).(1)

(جلسـة أول ابريل : 1979م).

---

(1) النشرة القضائية ــ وزارة العدل ــ العدد : الأول : يناير ــ مارس 1970م ــ مديرية التشريع ــ رقم الاعارة : 40146 ــ المكتبة الوطنية ــ الجزائر العاصمة ــ ص : 124 .

والمادة : 148 عقوبات ، تنص على أنه : (1)

1 ــ يعاقب بالحبس من سنتين الى خمس سنوات كل من: يتعدى بالعنف أو القوة على أحد القضاة أو الموظفين أو القواد أو رجال القوة العمومية في مباشرة أعمال وظائفهم أو بمناسبة مباشرتها .

4 ــ واذا أدى العنف الى الموت دون أن يكون الفاعل (قصد) احداثه ، فتكون العقوبة السجن المؤبد .

5 ــ واذا أدى العنف الى الموت وكان (قصد) الفاعل هو احداثه ، فتكون العقوبة الاعدام .(وهنا القصد نراه يشدد العقوبة ، وبدون قصد يخففها) .

هذه أمثلة من قانون العقوبات الجزائري .

ــ أما في قانون الاجراءات الجزائري فاننا نجد : بعض المواد قد جاءت بعبارة أخرى تتضمن (حسن النية) فالمادة : 145 ــ اجراءات ، تنص على أن :

1 ــ يحلف الخبير المقيد لأول مرة بالجدول الخاص بالمجلس القضائي ، يمينا أمام ذلك المجلس بالصيغة الآتي بيانها :

(1) هذه المادة معدلة بالقانون رقم 04/ 1982 .
ــ انظر المادة : 87 عقوبات أردني .
ــ والمادة : 215 عقوبات كويتي لعام : 1960م .

= احلف بالله العظيم بأن أقوم بأداء مهمتي كخبير على خير وجه وبكل اخلاص وأن أبدي رأيي بكل (نزاهة واستقلال) = ولا يجدد هذا القسم ما دام الخبير مقيد في الجدول ، ويؤدي الخبير الذي يختار من خارج الجدول قبل مباشرة مهمته اليمين السابق بيانها أمام قاضي التحقيق أو القاضي المعين من الجهة القضائية .

(فكلمة (نزاهة واستقلال) ألا تعني هنا (حسن النية).؟

والمادة : 155 ـ اجراءات أيضا ، تنص على أن :

---

1 ـ يعرض الخبراء في الجلسة عند طلب مثولهم نتيجة أعمالهم الفنية التي باشروها بعد أن يحلفوا اليمين على أن يقوموا بعرض نتائجهم ومعاينتهم (بذمة وشرف) ويسوغ لهم أثناء سماع أقوالهم أن يراجعوا تقريرهم ومرفقاته .

(وكذلك كلمة : بذمة وشرف ، ألا تشف عن حسن نية)..؟

لعله من تصفح تلكم المواد في القانون الجنائي الجزائري ، (على سبيل المثال) نستطيع أن نستشف معنى : (حسن النية) فنقول :

ان العمد والقصد في ارتكاب الجرائم يتضمن دائما : (سوء النية) وهذه تعني القصد الجنائي الذي يؤدي

دائما الى ارتكاب الجريمة أو قياسها مع عقوبتها أو تشديد العقوبة .

في حين نجد أن (حسن النية) يؤدي دائما الى انتفاء القصد الجنائي الذي ينفي العقوبة أو يخففها .

ولهذا : فان (حسن النية) في القانون الجنائي الجزائري

هو مثله في القانون : الانكليزي والفرنسي والمصري له مدلول مستقر هو انتفاء القصد الجنائي ، كما يعني : النزاهة والاستقامة ، وعدم انتواء الضرر للغير أو الاعتداء على حق الغير .

5) أساس وقيمة حسن النية :

رأينا فيما سبق أن النظام القانوني قديمه وحديثه لا يخلو من تقرير مبدأ (حسن النية).

ـ فما هو أساس هذا المبدأ ..؟

ـ وما قيمته القانونية ..؟

يرى ـ الاستاذ (حسن عامر) : أن حسن النية يفترض التعاون بين أطراف العقد في تنفيذه ، وليس التشبث بحرفيته . كما يعني حسن القصد ، ولا يعفي صاحبه فيما يقترف من عمل من المساءلة الجنائية الا في القليل من الجرائم العمدية .(1)

(1) حسن عامر : التعسف في استعمال الحقوق ـ ص : 79 ـ 94 .

ويضيف : بأن حسن النية لا يعفي من المساءلة المدنية .

– ويرى الدكتور (محمود جمال زكي) : أن حسن النية هل سوء النية ، هو عبارة عن حدث بسيط يصدر عن الضمير .[1]

(ولكن ما هو الضمير .. أو الوجدان .. هل هو روح لا جسد ، أم هو : جسد وروح .. وهل هو فطري أم مكتسب .. ؟)[2]

لا نناقش في هذا هنا نحيلها له علم النفس والفلسفة .

– ويرى الدكتور (محمود مصطفى) : أن حسن النية من كليات القانون ، وأنه يستخلص من ظروف كل دعوى ، وأنه لذلك يخضع لرقابة محكمة النقض .[3]

– ويرى آخرون : أن حسن النية ، تعبير يشف عن الاسلوب الذي تنفذ من خلاله الأخلاق الى مضمون القانون ، حتى تخفف من حدة المبادىء القانونية .[4]

– ونحن نرى : أن حسن النية : مبدأ انساني متقدم يؤخذ به تطبيقا لمضمون العدالة الانسانية ، اذ الأصل في الانسان البراءة (كل انسان بريء حتى يدان) .

ومن هنا جاء تقرير ذلك دستوريا في أغلب دساتير اليوم ، ومنها الدستور الجزائري ، حيث تنص المادة : (64) منه :

---

(2) تيسير شيخ الارض – محاولة ثورة في الفلسفة – ط1 – بيروت 1973م .
(1) محمود جمال زكي : حسن النية – رسالة دكتوراه بالفرنسية ص 37 .
(3) د : محمود مصطفى – القانون الجنائي – القسم الخاص – ص : 354 .
(4) د : عثمان سعيد عثمان – استعمال الحق – هامش – ص : 396 .

= كل فرد يعتبر بريئا في نظر القانون ،حتى يثبت القضاء ادانته طبقا للضمانات التي يفرضها القانون .= (1)

وعليه :

فان (حسن النية) مبدأ انساني متقدم ، وقاعدة قانونية عامة ، تنطبق على كل فروع القانون ، ولا يتغير مدلولها من قانون لآخر الا بناء على اعطائها معنى محددا ،بمقتضى نص صريح .(2)

---

(1) الدستور الجزائري لعام 1976 ص: 26.

(2) انظر كل من :

د :سنهوري — الوسيط في مصادر الالتزام — 960 .

د : محمود نجيب حسني — اسباب الاباحة — ص: 94 .

— المادة : 02 — عقوبات الجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية .

المطلب الثالث

حسن النية في استعمال الحق .

مما تقدم تبين لنا : على أن وصف (النية الحسنة أو السيئة) هو تعبير عن حالة وجدانية انسانية وارادية ، فاذا اتجهت هذه الارادة اتجاها مستقيما مع ما يطلبه القانون اتجاها ينم عن الاخلاص والنزاهة والامانة ، وعدم الاضرار بالغير أو حقه ، سمينا ذلك (حسن نية).

وبما أن حسن النية يؤدي دور الدلالة على انتفاء (القصد الجنائي) باعتبار أن القصد الجنائي ارادة آثمة فهل لحسن النية ، نفس الدور والدلالة بالنسبة (لاستعمال الحق) أم أن له دورا آخر يختلف عن تأثير نفي الارادة الآثمة عند الفاعل ..؟

ـ من الامور المسلم بها : أن استعمال الحق اذا لم يتوفر في صاحبه (حسن النية) كان (سوء النية) هو المتوفر ، واعتبر فعله بالتالي جريمة عمدية ، توفر فيها القصد الجنائي الى جانب الفعل المادي ، أما اذا توفر (حسن النية) تخلف (سوء النية) وانتفى القصد القصد الجنائي في (استعمال الحق)كما ينتفي في

الاعمال التي تقوم به الجرائم العادية .

ثم ان دور (حسن النية) في استعمال الحق ، هو أنه جعل القصد من ارتكاب الفعل متفقا مع غاية القانون منه ، وهو تحقيق مصلحة معينة أولى في نظر القانون بالاعتبار .

وبعبارة أخرى أن (حسن النية) يقوم بدور محو القصد الجنائي ، ذلك أن إرادة الفاعل وقت ارتكاب الفعل لم تتجه اتجاها آثما يجرمه القانون ، انما اتجهت في الواقع اتجاها مستقيما يشف عن الأمانة والاخلاص ولا ينطوي على الاضرار أو الاعتداء على أي حق ، ومن ثم فهو اتجاه سليم متسق مع غاية القانون من استعماله الحق ، ومع ما يأذن أو يأمر به .

وان التحليل (السيكولوجي) لكل من : استعمال الحق والقصد الجنائي ، يكشف لنا بأن :

— القصد الجنائي : ما هو الا توجه الارادة نحو احداث غاية أو نتيجة معينة ، يعتبرها القانون اجرامية ، ومن ثم يحظرها .

— ومثله استعمال الحق : ما هو الا عبارة عن توجه الارادة نحو أحداث غاية أو نتيجة معينة ، يعتبرها القانون مباحة ، ومن ثم لا يحظرها .

وفي لو لم يبيحها القانون أعتبرت نتيجة اجرامية ، ولكن القانون لا يعتبرهما اجرامية ، فهو ينفي عن هذه النتيجة صفة الجريمة لأنه يراعي فيها تحقيق مصلحة أولى بالاعتبار ، وأن المصلحة التي يحققها ارتكاب الفعل أكبر من الضرر الذي يترتب عليه .

واذن : النتيجة (نسبية) وليس هناك نتيجة اجرامية لذاتها أو بصفة مطلقة ، لأن القانون انما يقدر ظروف كل فعل ، فيقرر أنها لا معينة ويجعل ارتكابها مباحا ، ويقرر أنها لا أخرى دون ذلك فيجرمها ، ويجعل ارتكابها جريمة .

وفي هذا المعنى يقول (شكسبير) : " ليس ثمة شيء خير أو شر ، انما تفكيرنا فيه هو الذي تجعله يبدو خيرا أو شرا ".(1)

وهكذا : يقال أيضا بلغة القانون ، بأن : كل فعل يعد مشروعا وغير مشروع في نفس الوقت ، طبقا لموضع المصلحة في اطار الصراع الدائر بين المصالح المختلفة .

---

(1) د : عثمان سعيد عثمان - مرجع سابق ص : 410 .
- د : محمود محمود مصطفى - مرجع سابق ص : 211 .
- د : احمد فتحي سرور - مرجع سابق ص : 223 .

فهو :

- غير مشروع ، اذا نظرنا اليه من الناحية (الاستاتيكية)الثبات ، ومشروع ، اذا نظرنا اليه من الناحية (الديناميكية) الحركية ، وتداوره ودخول المصلحة التي يدافع عنها الفعل في علاقات تتفاعل مع المصالح الأخرى .

وهنا نصل الى معنى الاباحة في القانون بالنسبة للمذاهب الثلاث : المثالية - النفعية - الديالكتيك ،

1) فالاباحة في المثالية : هي نتيجة لمطابقة الفعل للأمر الأخلاقي ، وبما أن الأمر الأخلاقي ثابت فهو غير قابل للتغيير ، فان فعلا معينا يكتسب اباحة دائمة .

2) والاباحة في النفعية : مترتبة على كون الفعل نتيجة حتمية لغريزة البقاء ، وطالما غريزة البقاء قائمة في الانسان فان اباحة هذا الفعل ستظل دائمة لاتتغير .

3) والاباحة في الديالكتيك : نتيجة لوضع المصلحة [illegible] التي يدافع عنها الفعل في اطار الصراع الدائر بين المصالح المتعارضة ، ولما كان الوضع يختلف باختلاف وضع المصلحة في اطار الصراع ، فان الفعل يعد : (مشروعا أو : غير مشروع : جريمة) حسبما تكون هذه المصلحة أكبر قيمة من المصلحة [illegible] المتعارضة معها .

ونتيجة لذلك :

فان الاباحة في (استعمال الحق) تسبغ على فعل له صفتين متعارضتين :

— فهو مشروع .

— وغير مشروع في نفس الوقت .

واسباغ صفة الاباحة على الفعل معناه : تغليب الصفة المشروعة في هذا الفعل في نوع الصراع الدائم ، وهذه النتيجة في غاية الأهمية : لأن النصوص المبيحة في القانون تنطبق على أفعال تعد أساسا غير مشروعة .

فالفعل المباح : ان هو : الا (جريمة) مستكملة الأركان في القانون طبقا لما تحدده نصوص التجريم ، غير ان استيفاء الفعل للمواصفات الشكلية للجريمة لا يكفي لاعتباره كذلك ، بل يجب أن يكون مستوفيا للمواصفات الموضوعية ، وهي مدى تعارض الفعل مع غايات المجتمع وأهدافه .

وغايات المجتمع وأهدافه تتحدد في ضوء وضع المصلحة التي يدافع عنها الفعل في اطار الصراع الدائر بين المصالح ، وتغليب هذه المصلحة بإباحتها ، معادل للقول بأن الفعل ينسجم تماما مع أهداف المجتمع وغاياته .

وغايات المجتمع وأهدافه تتحدد أيضا : في أن يمارس كل ذي حق حقه ، وأن يتسم سلوكه (بحسن النية) وعدم ارادة الضرر بالآخرين .

ونخلص : الى أن دور (حسن النية) واحد في حالتي :

- القصد الجنائي .
- واستعمال الحق .

ففي الحالتين انتفاء الارادة الآثمة ، وهذه غاية اجتماعية ومصلحة عامة ، واستقامة ، وتطابق مع نظر القانون .[1]

المطلب الرابع

معيار حسن النية في استعمال الحق .

- يرى البعض : أن المعيار الصحيح (لحسن النية) يجب أن يستمد من (الغاية الاجتماعية للحق) باعتبار أن الحقوق جميعها غائية ، وحسن النية هو استهداف صاحب الحق بفعله تحقيق الغايات التي من أجلها قرر الحق .[2]

(1) د . ابراهيم زكي اخنوخ – حالة الضرورة – دار النهضة – القاهرة ص 56 .
– د . عثمان سعيد عثمان – مرجع سابق – ص : 411 .
– المادة : 187 عقوبات سوري .
(2) محمود نجيب حسني – اسباب الاباحة – ص : 101 .

– في حين : يحذر البعض من أن تكون (الغاية الاجتماعية) هي المعيار لحسن النية ، لأنها فكرة واسعة جداً ، ولأن ذلك يدعونا أن نجري تحليلاً دقيقاً ، قبل أن يكون تطبيق القانون واضحاً ، ولأنه من الصعوبة تحديد الهدف الاجتماعي لكل حق ، وأيضاً من الخطورة ، لأن الهدف الاجتماعي هو الباب الذي ينفتح على مصراعيه لتدخل منه الاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة مما يجعل استعمال الحقوق خاضعاً لوجهات من النظر متشعبة متباينة .(1)

– كما يرى البعض : اعتبار (المصلحة المشروعة) معياراً لحسن النية في استعمال الحق .(2)

– في حين يرى آخر : الجمع بين المعيارين (الغاية الاجتماعية والمصلحة المشروعة).(3)

– ورأينا : اعتماد (الغاية الاجتماعية) وأن المصلحة المشروعة يتضمنها هذا المعيار .

ومن جهة: فإننا نرى من حيث الواقع ، أن الهدف أو الغاية الاجتماعية للحق واستعماله ، هو المعيار...

---

(1) د : السنهوري – الوسيط في مصادر الالتزام ، م 1 – القاهرة 1952 .

(2) المادة ، 02 عقوبات يمني شعبية .
– باتون – مرجع سابق – ص : 429 . –
– ما زود : في معيار الهدف الاجتماعي – ج 1 – ف : 574 .

(3) د : عثمان سعيد عثمان – مرجع سابق – ص : 412 .

المأخوذ به لحسن النية ، في قوانين المعسكرين الغربي والشرقي ، ومن يد وزن في فلكهما .
الا أن (الغاية الاجتماعية) ليست واحدة في قوانينهما ، رغم الاخذ بها من كليهما : فهي عامة جدا هيرية في الاشتراكية ، وخاصة فردية في الرأسمالية .
وهذه حقيقة واقعة ؛ لأن القانون وليد المصالح الغالبة في المجتمع ، والمصالح أو القوى الغالبة هي التي تحدد الغاية الاجتماعية (ولو كانت أقلية) لذلك نرا ما ما ان تصل الى السلطة أو الحكم والأخذ بزمام الامور حتى تسرع فتعدل الدستور أو تعد له أو تستبدل به آخر ، وكذلك بالنسبة للقوانين الأخرى .

ولهذا نرى (كمثال) أن الجزائر ما ان أخذت استقلالها حتى سارعت وقلبت الأمر رأسا على عقب ، فالغت الاقطاع والرأسمالية ، وسارت في طريق الاشتراكية واضعة دستورا جديدا وقوانين جديدة ، محددة الهدف والغاية للحق واستعماله لصالح الجماهير الشعبية ؛
(القوى الغالبة في المجتمع) داعية (ونحن نكبر فيها هذه الدعوة) الدول الاسلامية أن تحذو حذوها بالأخذ بالاشتراكية بكل حزم وتقويضا ركان الاقطاعية معززة كفاحها ضد الامبريالية .(1)

(1) انظر الميثاق الوطني الجزائري لعام 1976 ص: 27 .

المبحث الثاني

صاحب الحق وما يستعمله .

صاحب الحق وما يستعمله ، أو : من يخولهم القانون استعمال الحق ..؟ نبحث هذا الموضوع في مطلبين :

ـ استعمال الحق بمعرفة صاحبه .

ـ والشروط والصفات الشخصية فيمن يستعمل حقه .

المطلب الأول

استعمال الحق بمعرفة صاحبه .

طبيعي أن يستعمل الحق صاحبه ، وهذا شرط منطقي ومتسق مع طبيعة الامور ، وصاحب الحق هو من يبيح له القانون ارتكاب الفعل الذي يستعمل به حقه ، لتحقيق المصلحة التي ينطوي عليها .

وقد يتكفل القانون بتحديد صاحب الحق ، وقد لا يكون ثمة حاجة الى مثل هذا التحديد ، على أنه في حالة ما اذا تكفل القانون بهذه المهمة ، فان ذلك يكون بذكر الشروط التي يجب أن تتوفر في الشخص لحظة نشأة الحق

كحالة الدفاع عن النفس ، فصاحب الحق هنا كل شخص يوجد في الظروف التي تبيح الدفاع سواء عن نفسه أو ماله ، أو نفس ومال الغير .

وصاحب الحق في التأديب ، هو : من تتوفر فيه شروط الزوج ، أو الوالد .. وهكذا ..

ان تحديد صاحب الحق ، تتكفل به الشروط التي ينص عليها القانون المنشيء للحق ، لأن القانون لا يعين صاحب الحق بالاسم ، أو يرسم خصائص أو مميزات شخصية لا تنطبق الا على فرد أو أفراد معينين بالذات .

وانما اسلوب القانون هو : وضع شروط مجردة ، وعليه : يلزم لتحديد صاحب الحق الرجوع للقانون أو النصوص التي تنشيء كل حق .

وقد رأينا (أثناء بحثنا في (الشروط التي تتعلق بالحق) [1] ، أن ثمة حقوق ينص عليها :

ـ الدستور ـ حق عضو المجلس الوطني الشعبي (مجلس الأمة أو الشعب) في ابداء الرأي بكل حرية أثناء انعقاد المجلس أو لجانه (المادة : 137 ، د ج) .

ـ وحقوق ينص عليها : قانون العقوبات ـ حق الاخبار أو التبليغ عن الجرائم (م : 300ع ، ج) وحق الاجهاض للطبيب اذا استوجبته ضرورة انقاذ حياة الأم من الخطر ، بعد

(1) انظر صفحة : 85 وما بعدها من هذه الرسالة .

ابلاغ السلطة الادارية (م : 308، ع، ج).

ـ وحقوق ينص عليها : قانون الاجراءات ـ كحق القبض الممنوح لكل من شاهد مجرما متلبسا بجنائية أو جنحة (م : 61 ـ أ، ج).

ـ وحقوق ينص عليها : القانون المدني ـ حق حبس المود يعة عن صاحبها الى حين استيفاء نفقات صيانتها (م: 597 م ،ج).

وحقوق تنص عليها القوانين الاجرى أو جرى عليها العرف، (وفي الباب الثالث ـ سنبحث مطولا بعض هذه الحقوق موضوع الرسالة ، تحت عنوان : تطبيقات استعمال الحق).

المطلب الثاني

الشروط والصفات فيمن يستعمل الحق .

بعض الحقوق لا يجوز استعمالها ، الا ممن تتوفر فيهم صفات معينة ، ذلك أن طبيعة هذه الحقوق لا تسمح أن يستعملها الا من كان أهلا لها .

ـ كصفة الولي بالنسبة للأولاد .

ـ والزوج بالنسبة للزوجة ، لكي يثبت لهما حق التأديب.

ـ وكشرط الحصول على مؤهل علمي ، وترخيص حكومي أو تسجيل لدى الهيئة أو النقابة المنظمة لممارسة الحق .

كحصول الطبيب على شهادة علمية من احدى الجامعات الرسمية ، وتسجيله لدى نقابة الاطباء أو اذن الحكومة له بممارسة مهنته .

وكحصول القاضي والمحامي على اجازة في الحقوق وتسجيل المحامي لدى نقابة المحامين (أو المجلس القضائي) وانهائه فترة التمرين أو التربص .(1)

= فقد حكم في فرنسا (1964م) بأنه يعتبر مرتكبا جريمة مزاولة مهنة طب الاسنان بغير ترخيص ، الطلبة المقيدون في مدرسة تعليم طب الاسنان ، ولكنهم لم يحصلوا على (الدبلوم) الذي يبيح لهم مزاولة جراحة الاسنان في فرنسا ، واعتبر شركاء لهم في الجريمة جراحو الاسنان الحاملين على دبلومات رسمية ، وكذلك الاساتذة وهيئة رئاسة المدرسة كمحرضين بالمساعدة =.(2)

كما يشترط أحيانا : الحصول على ترخيص ، وهو الاجراء الذي يلجأ اليه الاشخاص للحصول على موافقة السلطة المختصة للقيام بعمل من الاعمال (التي تمنع هذه السلطة بموجب القانون طريقة ممارسته قبل الحصول على الرخصة) .

---

(1) انظر المادة : 69 ـ تنظيم مهنة المحاماة بالجزائر ـ أمر رقم : 61/ 1975 .

(2) د : عثمان سعيد عثمان ـ مرجع سابق ص : 424 .

ـ كالحصول : على تصريح أو جواز سفر ، للتمتع بحق التنقل أو السفر داخل وخارج البلاد ، أو السماح بوضع أكشاك أو مقاعد أمام المقاهي أو حيازة مشروبات روحية أو وقوف السيارات أو اجراء حفريات واستغلال باطن الأرض للحصول على عقود امتياز ، كاستغلال الثروات الطبيعية من : بترول وغاز ومعادن ، واستغلال البحار للصيد أو استخراج ما تحتوي عليه من ثروات مختلفة أو تسيير مواصلات معينة لنقل البضائع والافراد أو عقد اجتماع ، الخ ، فهذه التراخيص وغيرها تتضمن معنى الاذن أو الاباحة والتبرير . وهي تلعب دورا هاما في تحديد صاحب الحق ومن يستعمله ، وذلك من حيث هو شرط لاباحة أو تبرير استعمال الحق .

ويرى البعض أن : التكييف الصحيح لشرط الترخيص هو أنه : قيد على الحق وليس حظرا له ، وهذا القيد جوهري ولا قيمة للحق بدونه .(1)

ـ ومن تلك التراخيص في القانون الجزائري : حق الخروج أو ترخيص الخروج من التراب الوطني . وانشاء الجمعيات . والانخراط في النقابات . وغيرهم .(2)

---

(1) د : رمسيس بهنام ـ مرجع سابق ـ ص : 360 .

(2) انظر المواد : 56 و 57 و 60 من الدستور الجزائري لعام : 1976م .

المبحث الثالث

استعمال الحق بالنيابة.

لدى النظر في طبيعة الحقوق من حيث (قابليتها) للاستعمال بالنيابة عن صاحبها، نرى أنها تنقسم الى قسمين :

- حقوق لا تقبل النيابة .
- وحقوق تقبل النيابة.

1) فالحقوق التي لا تقبل النيابة من حيث استعمالها لها سببان :

- اما نظرا لطبيعتها الذاتية : كحق ممارسة الرياضة والظهور على الشواطىء بملابس الحمام، والتنقل داخل وخارج الوطن وأمثالها.

- واما لاسباب يقدرها القانون : فيمنع أن تستعمل الا من قبل من تقررت لمصلحته، كتأديب الزوجة المقرر للزوج على زوجه في الشريعة الاسلامية، وحق الطبيب المؤهل للقيام بالتداوي والجراحة وأمثاله .

2) أما الحقوق التي تقبل النيابة : فهي كثيرة، وتتميز بأنها قابلة بطبيعتها أن تمارس من قبل نائب عن صاحبها

الأصيل ، والقانون لا يمانع ذلك ،وقد يتولى هو نقل حق ما ، من الأصيل الى النائب عند ما يقتضي الحال : كنقل حق ولاية الولد من الأب الى الأم اذا سقطت عنه أو حكم عليه بما لا هما ل .(1)

والحقوق التي تقبل الاستعمال بالنيابة لا يشترط فيمن يستعملها شروط اضافية(أعلى أو أخص) من صلاحية الانسان عادة ليقوم بأي عمل يوكل اليه ، (أي أن يكون صاحب ارادة قادرة على تفهم ماهية التصرف القانوني ، وعلى تقدير نتائجه).

والنيابة في استعمال الحق: ليست قاصرة على الحقوق المالية فحسب ، بل مقصودة في كل حق يعترف القانون بدخوله في نطاق النيابة ، وانتقاله واستعماله بناء عليها ، من الأصيل الى النائب .

فالمرجع في ذلك : قواعد القانون التي تحدد نطاق النيابة ، لا الى طبيعة الحق ، وكذلك ما اذا كان : ماليا أو غير مالي .

ولكن : ما هو مصدر .. ونوع : النيابة .؟

==

ان مصدر النيابة : اما أن يكون القانون ، واما أن يكون الاتفاق أو العقد .

(1) المادة : 101 من مشروع مدونة الاحوال الشخصية الجزائرية .

وعليه فالنيابة نوعان :

1) قانونية ..

2) واتفاقية ..

ـ فالقانونية : هي التي تقررها نصوص القانون : كنيابة الولي أو الوصي أو القيم أو : وكيل التفليسة أو المساعد القضائي .

ـ والاتفاقية : هي التي تنشأ على أساس من تراضي ذوي الشأن ، وهنا تسمى (وكالة) .

ـ ان : (الولاية) على النفس (والوصاية) على القاصر تبيحان نوعين من الأعمال :

ـ أعمال التأديب بالنسبة للقاصر .

ـ والتصرفات القانونية بالنسبة لادارة أمواله

ـ أما (القوامة) فهي تبيح فقط الأعمال المتعلقة بادارة أموال المحجور عليهم ، وأنها لا تنطوي على أي حق يتعلق بالتأديب .

ـ في حين تبيح (الوكالة) للموكل من الأعمال والتصرفات القانونية كل ما يباح للموكل طالما أنها قائمة .

وهكذا : نرى أن (النيابة) ذات مدلول واسع منها :

(الولاية ـ الوصاية ـ القوامة ـ الوكالة).

ومتى كان الحق قابلا للاستعمال بالنيابة الاتفاقية، فان ذلك يتم باحدى وسيلتين : ـ الوكالة ـ والفضالة. والفقه الجنائي قد اهتم باظهار جوانب (الوكالة) التي تتعلق باستعمال الحق.

فيمن الاساس الذي تقوم عليه اباحة الفعل الذي يرتكبه الوكيل نيابة عن الأصيل ، وذلك بالنظر الى النيابة كما ينظر اليها القانون المدني ، بأنها : عبارة عن حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل ، بحيث تنصرف الاثار القانونية المترتبة على ارادة النائب الى الأصيل.

ـ كذلك ، هناك من يرى : أن للفضالة قيمتها في القانون الجنائي ، باعتبارها تستند الى الوكالة أو ترجع اليها.(1)

---

(1) للمزيد من الاضطلاع انظر الى ما يلي :

ـ المادة : 57-1 مدني جزائري و: 572 ـ 583 مدني ج.
ـ عثمان سعيد عثمان ـ استعمال الحق كسبب ... للاباحة ص: 436..
ـ كامل مرسي ـ اصول القانون ـ ص: 481.
ـ محمود نجيب حسني ـ اسباب الاباحة ـ ص: 79.
ـ المادة : 135 و 386 و 350 و 376 و 406 عقوبات جزائري.
ـ المادة : 100 و 101 و 132 و 136 من مدونة الاحوال الشخصية الجزائرية.
ـ المادة : 442 و 443 و 49 من قانون الاجراءات الجزائي الجزائري.
ـ المادة : 150 و 152 و 155 و 157 مدني جزائري.
ـ ديلوجو ـ مرجع سابق ـ ص: 204.
ـ روبير ـ مرجع سابق ـ ص: 200.
ـ السنهوري ـ مرجع سابق ـ ص: 1390.
ـ محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ص: 135.

المبحث الرابع

رضاء المجني عليه .

تمهيد :

لكل تشريع فلسفته الخاصة واتجاهه اللذان ينبعثان من : تاريخه وظروفه الاجتماعية .

فالقانون : الانكليزي والفرنسي والمصري والسوري ، والشريعة الاسلامية والقانون الجزائري ، لكل هؤلاء نظرتهم أو فلسفته في : حرية الفرد تجاه المجتمع ونفسه .

ورضاء (المجني عليه) يدخل في هذا الباب (حرية الفرد ، أو حقه إذا ما تضمنه القانون) . فما هو : الرضاء ..؟

ـ ثم ان للرضاء شروط ... وهل هذا الرضاء سبب تبرير أم : هو ركن في الجريمة ..؟

تلكم هي موضوعات هذا المبحث ، التي نتعرض لها في تسعة مطالب :

المطلب الأول

تعريف الرضا .

حاول الفقه الانكليزي تعريف الرضا بأنه :

= عموما وصف لحالة ذهنية ، على أن هذه الحالة الذهنية لا يمكن التعبير عنها بلفظ آخر سوى الرضا .

وربما كان أفضل ما يقال عن وصف الرضا هو : أنه عكس الاعتراض . (VETO = objection) .

فالرضا يشمل حالات ذهنية تتراوح ما بين الرغبة الملحة من جهة ، وبين الموافقة على مضض .

فالموافقة وان شابها شيء من الضض ، لا تعتبر متعارضة مع الرضا ، حيث أن الضرر الحال قد يكون مقبولا في سبيل انتظار وقوع مصلحة أكبر .

وعلى ذلك يمكن القول : ان الشخص البالغ الذي تتاح له فرصة الاعتراض ولم يعترض ، ثم اختار وهو عالم بالحقائق ألا يعترض عليها ، فانه يعد راضيا ، وان لم يكن راغبا حقيقة = .(1)

— الا أن الفقيه الهندي (راتان لال) يعرف الرضا بقوله : = ان الرضا هو عمل عقلي مصحوب بالتروي والتفكير حيث يرى العقل محاسن الشيء ومساوئه ، ذلك أن الرضا يعني ارادة ايجابية في تفكير الانسان يترتب عليها أن يسمح بارتكاب الفعل الذي يشكو منه ، فالحلم بما ينبغي

(1) د : عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق ص : 403 .

(الولاية — الوصاية — القوامة — الوكالة).

ومتى كان الحق قابلا للاستعمال بالنيابة الاتفاقية، فان ذلك يتم باحدى وسيلتين : — الوكالة — والفضالة. والفقه الجنائي قد اهتم باظهار جوانب (الوكالة) التي تتعلق باستعمال الحق.

تبين الاساس الذي تقوم عليه اباحة الفعل الذي يرتكبه الوكيل نيابة عن الاصيل ، وذلك بالنظر الى النيابة كما ينظر اليها القانون المدني، بأنها : عبارة عن حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل ، بحيث تنصرف الاثار القانونية المترتبة على ارادة النائب الى الاصيل.

— كذلك ، هناك من يرى : أن للفضالة قيمتها في القانون الجنائي ، باعتبارها تستند الى الوكالة أو ترجع اليها.(1)

---

(1) للمزيد من الاضطلاع انظر الى ما يلي :

— المادة : 1-57 مدني جزائري و: 572 — 583 مدني ج.
— عثمان سعيد عثمان — استعمال الحق كسبب [illegible] للاباحة ص: 436..
— كامل مرسي — اصول القانون ص: 481.
— محمود نجيب حسني — اسباب الاباحة — ص: 79.
— المادة : 135 و 386 و 350 و 376 و 406 عقوبات جزائري.
— المادة : 100 و 101 و 132 و 136 من مدونة الاحوال الشخصية الجزائرية.
— المادة : 442 و 443 و 49 من قانون الاجراءات الجزائي الجزائري.
— المادة : 150 و 152 و 155 و 157 مدني جزائري.
— ديلوجو : مرجع سابق — ص: 204.
— روبير : مرجع سابق — ص: 200.
— السنهوري — مرجع سابق — ص: 1390.
— محمود مصطفى — القسم العام — ص: 135.

المبحث الرابع

رضاء المجني عليه .

تمهيد :

لكل تشريع فلسفته الخاصة واتجاهه اللذان ينبعثان من : تاريخه وظروفه الاجتماعية .

فالقانون : الانكليزي والفرنسي والمصري والسوري والشريعة الاسلامية والقانون الجزائري ، لكل هؤلاء نظرته أو فلسفته في : حرية الفرد تجاه المجتمع ونفسه .

ورضاء (المجني عليه) يدخل في هذا الباب (حرية الفرد ، أو حقه اذا ما تضمنه القانون) . فما هو : الرضاء ..؟

ثم ان الرضاء شروطا .... وهل هذا الرضاء سبب تبرير أم : هو ركن في الجريمة ..؟

تلكم هي موضوعات هذا المبحث ، التي نتعرض لها في تسعة مطالب .

المطلب الأول

تعريف الرضا .

حاول الفقه الانكليزي تعريف الرضا بأنه :

= عموما وصف لحالة ذهنية ، على أن هذه الحالة الذهنية لا يمكن التعبير عنها بلفظ آخر سوى الرضا .

وربما كان أفضل ما يقال عن وصف الرضا هو : أنه عكس الاعتراض . (VETO = objection) .

فالرضا يشمل حالات ذهنية تتراوح ما بين الرغبة الملحة من جهة ، وبين الموافقة على مضض .

فالموافقة وان شابها شيء من المضض ، لا تعتبر متعارضة مع الرضا ، حيث أن الضرر الحال قد يكون مقبولا في سبيل انتظار وقوع مصلحة أكبر .

وعلى ذلك يمكن القول :

ان الشخص البالغ الذي تتاح له فرصة الاعتراض ولم يعترض ، ثم اختار وهو عالم بالحقائق ألا يعترض عليها ، فانه يعد راضيا ، وان لم يكن راغبا حقيقة = .(1)

ـ الا أن الفقيه الهندي (راتان لال) يعرف الرضا بقوله :

= ان الرضا هو عمل عقلي مصحوب بالتروي والتفكير حيث يرى العقل محاسن الشيء ومساوئه ، ذلك أن الرضا يعني ارادة ايجابية في تفكير الانسان يترتب عليها أن يسمح بارتكاب الفعل الذي يشكو منه ، فالحلم بما ينبغي

(1) د : عثمان سعيد عثمان ـ مرجع سابق ـ ص : 403 .

فعله أو العلم بطبيعته الذي يزمع ارتكابه هو أمر ضروري لتكوين الرضاء ، هذا الى جانب خلو الرضا من الاكراه والغش والتضليل =.(1)

ونظرا لخلو التشريعات الجنائية منها والمدنية من تعريف صريح (للرضاء) الا أنه يمكننا أن نستشف هذا التعريف مما تضمنته بعض المواد من عبارات تقصد ه وتنبئ عنه ، وذلك في كل من القانون المدني والعقوبات الجزائريين :

1) في القانون المدني :

— تنص المادة (59) بأنه = يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية =.

— كما تنص المادة (60) بأن = التعبير عن الارادة يكون : باللفظ وبالكتابة أو بالاشارة المتداولة.. الخ = .

فهنا نجد أن عبارة (التعبير عن الارادة) في كلا النصين هو تعبير بالموافقة ، وهذا يعني (الرضاء) رضا طرفي العقد ، سيما وأن هذه المواد وما يليها جاءت تحت عنوان (الرضا).

(1) راتان لا ل : القانون الجنائي ص: 187 ـ د : عثمان ص: 403.

2) في قانون العقوبات :

ـ تنص المادة (304) على أن = كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها باعطائها مأكوت أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق .... الخ .

ـ والمادة (326) تنص على أن = كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل ....الخ = .

والمادة (375) تنص على أن = يعاقب.....

ـكل من قبل استلام شيك مزور أو مزيف مع علمه بذلك .= .

وهنا : نجد عبارات : (وافقت على ذلك .. بغير عنف أو تهديد أو تحايل .. كل من قبل .. مع علمه بذلك ..) كلها تعني وتقصد (الرضاء).

وعليه :

فالرضاء من الناحية الواقعية : عبارة عن فعل يعبر عن ارادة اتجهت لاحداث نتيجة معينة في العالم الخارجي سواء أكان ذلك بسلوك سلبي أو ايجابي .

وهو من الناحية القانونية : عبارة عن تصرف قانوني

بمعنى أنه تعبير عن ارادة اتجهت لاحداث نتيجة قانونية حيث يعترف القانون بأن تترتب عليها الآثار التي يهدف اليها من صدر عنه الرضاء .

سواء كان هذا التصرف منصبا على المال أو النفس أو الحرية الشخصية بشتى صورها ، ذلك لأن هذا التصرف قد تكاملت فيه العناصر المنتجة لأثر ، فهو : ينطوي على عنصر مادي يتمثل في التعبير أو الاعلان عن الارادة ، وعلى عنصر معنوي يتمثل في قصد النتيجة والرغبة فيها ، ومن ثم يعتد به القانون ما دام لم يصطدم بحظر ، فاذا اصطدم بحظر القانون اعتبر لاغيا .

وبهذا : نستطيع وضع تعريف (للرضاء) مستوحيا من القانون المدني وقانون العقوبات الجزائريين ، فنقول :

((الرضاء هو : تعبير عن الارادة بالعلم بالموضوع والموافقة عليه ضمنيا أو صراحة يعتد بها القانون .)).

وبناء على ما تقدم لا يحتاج هذا التعريف الى مزيد من الشرح أو التفصيل .

وكما يتم النشاط المادي بمعرفة الانسان نفسه أصالة قد يتم أيضا بواسطة الغير نيابة ، بناء على الرضاء ...

فالغير هنا وسيلة ليس الا ، رغم تحقق الفعل المادي على يديه ، حيث لا توجد نية أصلية ولا رغبة شخصية في النتيجة ، اذ هو لا يريد ما لنفسه ، وقد يضطر اليها تحت تأثير عاطفة معينة شفقة أو مجاملة .

وعليه :

فان هناك وضعان :(1)

- وضع يأتي فيه الراضي نفسه بالفعل .

- و وضع يأتي فيه الغير بهذا الفعل ، بناء على رضاء صاحب الحق .

1) فالوضع الأول : يفسر على أساس من الحرية الشخصية أو استعمال لحق ، في حدود القانون .

2) والوضع الثاني : يفسر على أساس أن موقف الغير الذي يرتكب الفعل بناء على رضاء المجني عليه ، أنه : نتج عن تفويض أو تنازل ، بمعنى أن صاحب الحق نقل الميزة التي يخولها له حقه الى الغير ، فالغير اذن : يستعمل حقا بناء على التفويض أو التنازل الذي يتضمنه الرضا بحسب الأحوال .

---

(1) د : عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق — ص : 474 .

وعلى ذلك : يعتبر الطبيب مفوضا في استعمال حق المريض في اجراء الجراحات الطبية .

ومن يأخذ المال من مالكه برضاه ، يعتبر مستعملا لحق في التصرف في المال بناء على تنازل صاحب المال [1] .الخ .

— ويقول الدكتور (محمود مصطفى) : = ان رضاء المجني عليه يعتبر استعمالا لحق ، اذا نظرنا اليه من ناحية من يرضى الاعتداء على حقه ، فصاحب الحق يستعمله بنفسه أو يأذن الغير باستعماله = .[2]

— ويرى الاستاذ (وليامز) : = ان أغلب التفاصيل برضاء المجني عليه ، تعتبر دراستها أفضل مع كل جريمة على حدة من الجرائم التي يكون للرضاء شأن فيها = .[3]

— أما الدكتور (علي راشد) فيرى : = ان المحور الحقيقي لمناقشة أثر الرضاء في المسئولية الجنائية ، وعلاقتها بالاباحة ، هو معرفة مدى أو نطاق حقوق المرء على نفسه = .[4] وهذا ما سنراه في الصفحات التالية .

(1) د : عثمان سعيد عثمان ص : 474 .
(2) د : محمود مصطفى ص : 161 .
(3) كلنفيل وليامز ص : 234 .
(4) علي راشد ص : 440 .

من خلال مبدأ أساسي في المجتمع الحديث ، أو هو : ان حقوق الفرد بصفة عامة محدودة بحقوق غيره من الأفراد ، هذا من جهة ، وبحقوق المجتمع الذي يضم هؤلاء الأفراد ، من جهة ثانية .

وعلى ذلك : لا مناص من احترام حقوق الغير ، سواء أكان هذا الغير فردا أو مجتمعا ، فلا يجوز أن يضع الفرد حرية التصرف في حقه اذا كان من شأنه الاضرار بالغير .(1)

المطلب الرابع

في القانون المصري .

السائد في الفقه المصري : أن الجرائم تنال بالاعتداء حقوقا ذات أهمية اجتماعية ، ولولا هذه الأهمية لما قامت الحاجة الى حمايتها بالجزاء الجنائي ، فاذا كان الحق ذا أهمية اجتماعية ، فمن التناقض أن يخول فرد سلطة النزول عنه واهدار ما للمجتمع من نصيب فيه .

وتطبيقا لذلك : كانت أركان القتل جميعها متوفرة ولو رضي به المجني عليه ، بل ولو طلب صراحة التخلص من الحياة ، والح في طلبه ، ذلك أن حياة كل فرد ...

(1) جان ماركيز — الحقوق الطبيعية ص 31 .

حق له وللمجتمع الذي يعنيه حرص أفراده على حياتهم استبقاء لكيانه ودعما له ، وما يقال عن (حق الحياة) يقال عن حقوق عديدة كالحق في سلامة الجسم وحقوق الزوجية .(1)

وعليه :

______ فالقاعدة : أن رضاء (المجني عليه) بالجريمة لا يحول دون قيامها ، الا أن هذه القاعدة تتعرض لاستثناءات متعددة في نطاق الحقوق المكتسبة ، لذا فقد يتطلب النص في جرائم معينة صراحة أو دلالة ، عدم رضاء المجني عليه ، والا فلا جريمة ، كما هي عليه الحال في اغتصاب الاناث (267 ع م).

وجرائم هتك العرض (م : 268 ع م) وفي الحبس بغير وجه حق (280 ع م) والخطف (م : 290 ع م) . (2)

وأكثر هذه الاستثناءات تقابل في جرائم المال :كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة ، حيث يلزم فيها عدم الرضاء بها ، ولا يكون الرضاء السابق للفعل المادي أو المعاصر له متضمنا معنى التنازل عن المال بمحض الرغبة في ذلك اذ من خصائص المال أن يكون محلا للتعاقد والانتقال الرضائي من يد الى يد .

---

(1) د : محمود نجيب حسني : الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ سنة : 29 ـ ص : 565 .
كذلك القسم العام ـ ص : 265 .
د : رؤوف عبيد ـ القسم العام ـ ص : 496 و 341 .
(2) سعيد عبداللطيف السعيد ـ مرجع سابق ـ ص : 219 .

والضابط في تحديد الجرائم التي يعد الرضا سببا لاباحتها ، رهن بفحص الحق الذي تمسه الجريمة ، وتحديد طبيعته والاحكام التي يخضع لها .

ترى : هل يرخص القانون للمجني عليه أن يتصرف فيه وينقله الى غيره ، أم لا يخوله هذه السلطة ؟

فان ثبت أن له هذه السلطة فرضاؤه بأن يمس الغير بالحق تصرف قانوني صحيح ، لأن القانون يعترف به ومن ثم يكون الفعل الصادر من الغير ماسا بالحق تصرفا فيه من ذي سلطة تخوله ذلك ، ولا يتصور أن تقوم به جريمة .

واذا لم تثبت له هذه السلطة فرضاؤه بأن يمس الغير بالحق لا يعتبر تصرفا قانونيا صحيحا ، لأن القانون لا يعترف به ، ومن ثم يكون الفعل الصادر من الغير ماسا بالحق تصرفا فيه من غير ذي سلطة تخوله ذلك وتقوم به الجريمة .(1)

---

(1) المادة : 282 عقوبات اردني .
ـ المادة : 39 عقوبات كويتي .
ـ المادة : 197 عقوبات قطري .
ـ المادة : 433 عقوبات لبناني .
د : علي راشد ـ مرجع سابق ـ ص : 519 .
د : محمود محمود مصطفى ـ مرجع سابق ـ ص : 159 .
د : محمود نجيب حسني ـ مرجع سابق ـ ص : 267 .

المطلب الخامس

في القانون السوري .

الرأي في الفقه والقانون السوري أن (رضاء المجني عليه) مبدئيا : لا يمكن اعتباره سبب تبرير أو اباحة ، فالقتل مثلا : جريمة تؤلف اعتداء على حق المجني عليه في الحياة ، ولكن هذا الحق يهم المجتمع بأسره ، وهو الذي يعنيه محافظة كل فرد على حياته ، لأن التفريط في هذا الحق يهدد المجتمع بأشد الأضرار .

وعلى ذلك : فان رضاء المجني عليه بارتكاب فعل اعتداء على حياته لا يزيل عن هذا الفعل صفته غير المشروعة ، فمن يقتل غيره برضائه أو بناء على طلبه والحاحه يعد قاتلا ، ويجب عقوبته ، وما يقال عن جريمة القتل ، يمكن قوله عن أكثر الجرائم .

والقاعدة العامة المستخلصة هي أن رضاء المجني عليه لا يمكن أن يعد سببا عاما للتبرير أو الاباحة .

غير أن طائفة من الجرائم يعد رضاء المجني عليه بوقوعها نافيا للصفة غير المشروعة للفعل ، كجرائم التعدي ..

على الحيوانات والآلات الزراعية واتلاف المزروعات (725 — 730) عقوبات ، والسرقة (500 ع . س) وتوقيف الاشخاص بدون وجه حق (م ، 556ع . س) وانتهاك حرمة منزل الغير (م ، 557ع . س)

وقد أراد قانون العقوبات السوري أن يجعل من رضاء المجني عليه ، في مثل هذه الجرائم سببا لتبريرها أو اباحتها ، فنصت :

المادة ، 186ع . س :

= ان الفعل الذي يعاقب عليه لتعرضه لارادة الغير لا يعد جريمة اذا اقترف برضاء من الغير قبل وقوع الفعل أو أثناء وقوعه =.

ومن ناحية :

وفي بعض الحالات يعتبر رضاء المجني عليه ، حائلا يمنع النيابة من اتخاذ الاجراءات التي تطلك اتخاذها قانونا عند ارتكاب الجريمة أو جريمة من الجرائم ، ويكون ذلك في الجرائم التي يعلق القانون حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية الناشئة عنها على شكوى المجني عليه ، واتخاذه صفة الادعاء الشخصي ، اذ يترتب على رضاء المجني عليه بالفعل رضاء يجعله يمتنع عن تقديم الشكوى ، أن تقف النيابة العامة عاجزة عن اتخاذ الاجراءات التي تفضي الى ..

محاكمة المتهم ومعاقبته .

وأظهر مثال لهذه الجرائم : الزنى (568ع س) والذم والتحقير (570ع س) والتهديد (559ع س) والسرقة بين الاقارب والازواج (660ع س) .

وعلة القيد هنا : أن المصلحة العامة تتطلب تخويل المجني عليه سلطة تقدير ملاءمة الاجراءات أو عدم ملاءمتها .(1)

المطلب السادس

في الشريعة الاسلامية .

الشريعة الاسلامية تحرم : القتل والجرح والضرب ولا تقبل فيها رضاء المجني عليه ، فيما يتعلق بتكوين الجريمة .

فالجريمة تعتبر قد تمت ووجدت بارتكاب الفعل ، ولكن يجوز لصاحب الشأن أن يعفو ويصفح . وفي هذا تخالف القوانين الجنائية التي تعتبر الجريمة اعتداء على المجتمع ، والعقاب عليها من حق المجتمع وحده ، ولصاحب الشأن أن يطالب بالحقوق المدنية فقط .

(1) د. عبد الوهاب حومد — مرجع سابق — ص : 457 .
د : محمد الفاضل — مرجع سابق — ص : 362 .
— المادة : 51 عقوبات سوداني . المادة : 486 عقوبات مصري .
— المادة : 227 و 238 عقوبات تونسي . المادة : 391 ع ليبي .

أما بالنسبة لجرائم الأموال فهي تتفق مع تلك القوانين فاذا وجد الرضاء وليس هناك ما يخالف الشرع فلا جريمة. ولكن بالنسبة لجرائم معينة، كالوقاع أو المباشرة الجنسية فلا قيمة لرضاء المجنى عليه، طالما كان حكم الشرع هو: المنع أو التحريم.

وفي هذا تختلف عن القانون الجنائي.

وعليه:

فان للشريعة الاسلامية معيارها الخاص لنوع الفعل الذي يرضاه الشرع، والذي يمنعه أو يبيحه.[1]

المطلب السابع

في القانون الجزائري.

المستخلص: من فقه وقانون العقوبات الجزائري:[2]

1) أن رضاء المجنى عليه لا يحول في الأصل دون قيام الجريمة ولا يمكن اعتباره سببا عاما للتبرير أو الاباحة.

(1) محمد سلام مدكور — مرجع سابق — ص: 260.
— عبد القادر عودة — مرجع سابق — ص: 440 (ج 1).
— عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق — ص: 469.

(2) د: ابراهيم زكي اخنوخ — مذكرات القانون الجنائي الدولي — الجزائر 76 — 1977 (طلبة الماجستير).
— د: رضا فرج — شرح قانون العقوبات الجزائري — ص: 488.
— د: احمد مطالة — دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص: 73 — 1974م.
المادة: 491 عقوبات مغربي.

2) غير أن طائفة من الجرائم يعد رضاء المجني عليه ،
فاعليا الصفة غير المشروعة للفعل كجريمة .

3) وفي بعض الحالات يعتبر رضاء المجني عليه ، حائلا يمنع
النيابة العامة من اتخاذ الاجراءات القانونية الا بناء
على شكوى المجني عليه واتخاذه صفة الادعاء الشخصي .
وعليه :

هناك ثلاث حالات في هذا الشأن القانوني :

1) حالة عدم اعتبار (رضا المجني عليه) مبررا للجريمة .
2) حالة اعتبار (رضا المجني عليه) مبررا للجريمة .
3) حالة اعتبار (رضا المجني عليه) مانعا النيابة من
تحريك الدعوى .

فما هي تلكم الحالات بالتخصيص ؟

الأولى : حالة اعتبار (رضا المجني عليه) غير مبرر للجريمة :

وتظهر هذه الحالة في المواد والمواضيع التالية :

ـ فالمادة : (304)عقوبات : تعاقب على الاجهاض أو الشروع فيه
ولو كان برضاء المجني عليها . الا اذا استدعته انقاذ حياة
الأم من الخطر (انظر المادة : 308ع . ج).

ـ والمادة : (326)عقوبات : تعاقب على خطف القاصر ولو تم برضائه ؛

- والمادة (273) عقوبات : تعاقب كل من ساعد شخصا على الانتحار اذا نفذ الانتحار ، ولو كان برضاء المجني عليه .

- والمادة (395) عقوبات : تعاقب بالاعدام على الحريق ولو كان القائم به صاحب المال .

الثانية : حالة اعتبار (رضا المجني عليه) مبررا للجريمة .

وتتجلى هذه الحالة في المواد والمواضيع التالية :

- فالمادة (443) عقوبات : تعاقب على قتل الحيوان ، فاذا تم ذلك برضاء مالكه فلا جريمة .

- والمادة (444) عقوبات : تعاقب على اتلاف الاشجار والمزروعات المملوكة للخاصة ، فاذا تم ذلك برضاء المالك فلا جريمة .

- والمادة (135) تعاقب على دخول المنازل دون رضاء أصحابها ، فاذا تم الدخول برضاء أصحابها فلا جريمة .

الثالثة : حالة اعتبار (رضا المجني عليه) مانعا من تحريك الدعوى

جرائم هذه الحالة تعتبر الجريمة تامة ، ومرتكبها يستحق العقاب ، ولكن رضاء المجني عليه يحول دون اتخاذ الاجراءات الجزائية سيرها الطبيعي ، ويشكل قيدا على حق النيابة العامة .

والحكمة في ذلك : أن المصلحة العامة تتطلب تخويل المجني عليه سلطة تقدير ملاءمة هذه الاجراءات أو عدم ملاءمتها ، باعتبار أن هذه الجرائم تمس الحياة الزوجية (الاسرة) وأفراد هما أعرف وأولى بشئونها ، كما ان القانون يحرص على عدم التدخل والمساس بهذه الخلية الأساسية للمجتمع ، مفضلا أن يبتعد قليلا عن شؤونها الخاصة والحساسة ، لأن أغلب هذه الجرائم تمس الاسرة من قريب أو بعيد .

فمثلا :

- المادة : (330)عقوبات : تعاقب أحد الوالدين الذي يترك مقر اسرته ، أو الزوج الذي يتخلى عمدا عن زوجته الحامل وذلك لمدة تجاوز الشهرين . ومع ذلك لا تتخذ الاجراءات الا بناء على شكوى .
- والمادة : (368)عقوبات : التي تنص على السرقات بين الاقارب وتمنع العقاب ، ولا تخول الا الحق في التعويض المدني ، ولكن لا يجوز اتخاذ الاجراءات الجزائية أو المدنية الا بناء على شكوى (انظر المادة : 369 عقوبات .
- والمادة : (339)عقوبات المتعلقة بالزنا ، تنص فقرتها الرابعة :
= ولا تتخذ الاجراءات الا بناء على شكوى الزوج المضرور .. وهلم جرا .
وهكذا : نجد أن القانون الجزائري يساير التشريعات العالمية مع وجهة نظر خاصة في بعض الجرائم ، وذلك بالنسبة (لرضاء المجني عليه)[1].

(1) المادة : 441 عقوبات ليبي . المادة : 214 عقوبات قطري .
المادة : 491 عقوبات مغربي . المادة : 64 و 378 عقوبات عراقي .

المطلب الثامن

شروط رضاء المجني عليه .

ليكون لرضاء المجني عليه آثاره القانونية ، يجب أن تتوفر فيه شروط ثلاثة :

- أن يكون مميزا ..
- أن تكون ارادته سليمة ..
- أن يكون الرضا معاصرا للفعل .

أولا : التمييز :

يشترط أن يكون (المجني عليه) مميزا ، وذلك لكون الرضا يعبر عن ارادة ذات قيمة قانونية .

وسن التمييز : في القانون المدني الجزائري هو السادسة عشرة سنة (المادة : 42م.ج) ، وهناك من يرى أن لا محل للرجوع الى السن التي يحددها القانون المدني أو العقوبات ، حيث يترك للقاضي أن يبحث في مدى فهم المجني عليه لطبيعة الفعل وادراكه لآثاره وتقديره لخطورته ، دون أن يكون مقيدا بسن معينة .(1)

(1) ف : محمود نجيب حسني – مرجع سابق – القسم العام – ص: 272 .
– د : محمد الفاضل – مرجع سابق – ص: 364 .

لكننا نرى هذا ، اذا لم يحدد القانون سنا معينة أما وقد حدده فلا مجال للاجتهاد في معرض النص. (انظر المواد : 326 و 334 و 335 ع ج) . المتعلقة بسن الخطوفة والفعل المخل بالحياء .)

ثانيا : الارادة :

يجب أن تكون ارادة (المجني عليه) سليمة من العيوب اذ الارادة المعيبة لا يعتد بها القانون ، فاذا كان المجني عليه ضحية غلط أو تدليس أو اكراه ، فما يصدر عنه من رضاء لا يعتد به قانونا .

فالحصول على مال الغير عن طريق التدليس أو الحيلة اذا توافرت شروطه يعد نصبا أو تدليسا (م : 372 و 429ع ج) ومن يكره شخصا على تسليم ماله يسأل عن سرقة (م 354ع ج)

ثالثا : الرضاء المعاصر للفعل :

يشترط أن يكون الرضاء معاصرا للفعل الذي تقوم به الجريمة ، فاذا كان سابقا عليه يجب أن يظل قائما حتى ارتكاب الفعل ، أما اذا كان لاحقا عليه فلا قيمة له . الا من حيث الاجراءات في الحالات المحددة في القانون (م : 330 و 339 و 368ع ج) .

وعلة هذا الشرط أن تأثير الرضاء ، ينصب على الفعل

بمجمله ، أو ينفي عنه صلاحيته لتكوين الركن المادي ،

لذا يتعين أن يكون الرضاء متوافرا لحظة ارتكاب الفعل . (1)

المطلب التاسع

الرضاء سبب اباحة أم ركن ..

— الركن في الجريمة : أمر يتوقف على وجوده ، أو :

عدم وجوده ، قيام أو : عدم قيام الجريمة ، حسب نموذجها

القانوني (TYPE LEGAL) .

واعتبار عدم الرضاء شرطا في قيام الجريمة ، يعني

تعليق وجودها أو عدمه على هذا الرضاء ،

وعليه : كما يبدو فهو أحد أركانها ، فمن يرضى

أن يأخذ الغير ماله فلا سرقة ، ومن لا يرضى بذلك

فالواقعة سرقة .

— أما سبب الاباحة أو فعل التبرير : فهو ظرف

يعطل نص التجريم ، بمعنى أنه قاعدة مبيحة تنقل الفعل

من دائرة التجريم الى دائرة التبرير أو الاباحة .

فالضرب مثلا : يضمه القانون ويشكل جريمة ، أما اذا

كان بقصد التأديب فلا جريمة البتة .

الا أن هناك حالات :

يجمع فيها القانون في رضاء المجني عليه بين اعتباره (سبب تبرير) وبين اعتباره (ركنا في الجريمة) وهذا ما جعل الفقيه (بوزا) يقول : = ان للرضاء في بعض الحالات أكثر من سبب اباحة = أي أنه أيضا ركن في تكوين الجريمة . (1)

الا أن : هذا الجمع لا يكون الا في بعض أحوال خاصة محددة ، وهي حيث يحقق الفعل غاية أو مصلحة أولى بالاعتبار ، كما جراء جراحة لانقاذ حياة شخص ، أو ممارسة للرياضة ، وفي جرائم الاغتصاب أو هتك العرض أو السرقة بين الاقارب ، وذلك (كما رأينا آنفا) لسياسة خاصة . (2)

---

(1) تابع الى صفحة : 160 =
ـ د : محمد الفاضل ـ مرجع سابق ـ ص : 365 .
ـ محمود نجيب حسني ـ مرجع سابق ـ ص : 274 .
ـ المادة : 138 عقوبات مغربي . المادة : 243 عقوبات عماني .
ـ المادة : 83 عقوبات امارات متحدة .
ـ المادة : 66 عقوبات عراقي . المادة : 238 عقوبات سوري .
ـ المادة : 165 عقوبات يمني شعبي . المادة : 81 عقوبات ليبي .
ـ المادة : 18 عقوبات كويتي .
(1) د : عثمان سعيد عثمان ـ مرجع سابق ـ ص : 480 .
(2) د : محمود نجيب حسني ـ القسم العام ـ ص : 268 .

الفرع الثالث

شروط استعمال الحق نتيجة.

تمهيد :

هذه الشروط التي تتعلق باستعمال الحق نتيجة، هي التي يطلق عليها (الحدود العامة لاستعمال الحق)[1] أي حق كان.

والتي سبق أن تعرضنا لها بايجاز في نهاية الباب الأول من هذه الرسالة.[2]

وهي نفسها معايير (نظرية التعسف في استعمال الحق) والتي جاء النص عليها في المادة : (41) مدني جزائري حيث تقول :

= يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التاليه :

1) اذا وقع بقصد الاضرار بالغير.

2) اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشيء للغير.

3) اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

(1) د. محمد الفاضل ـ مرجع سابق ـ ص: 331.
(2) انظر صفحة : 75 من هذه الرسالة.

— والقانون المدني السوري (م : 06) والمصري (م: 05)

متفقان مع القانون الجزائري في هذه الحدود أو الشروط.

— أما القانون الانكليزي : فيأخذ بفكرة (المعقولية)

التي تتطلب انتفاء (سوء النية) عند استعمال الحق .

— والقانون : البولوني (م : 135 م ب) والالماني (م : 74م).

والفرنسي (م : 74 م.ف) والايطالي (م : 74 م.ا) واللبناني

(م : 124 م.ل) فانهم يأخذون بشروط (حسن النية ،

والغرض أو الهدف الذي أعطي للحق).

— أما القانون السوفييتي (م : 02 م.س) فقد جعل هذه

الشروط ضمن اطار عدم مخالفة استعمال الحق للغرض

الاقتصادي والاجتماعي .

— وفي الشريعة الاسلامية : هو استعمال الحق في غير

ما شرع له. وذلك كأصل عام ، وهي المصلحة العامة ،

فاذا فرضناها (كما يقول الدكتور : فتحي الدريني) [1] كانت نفسها

شروط : القانون السوري والمصري والجزائري ، أي معايير

(نظرية التعسف في استعمال الحق) .

فما هي تلكم الشروط ..؟

تنص المادة : 41 مدني جزائري :

يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية : 1) اذا وقع بقصد الاضرار بالغير — 2) اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشيء للغير: 3) اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ، ونبحثها : في ثلاثة مباحث :

---

(1) د : فتحي الدريني — التعسف.. ص: 281 — 348.

المبحث الأول

قصد الاضرار بالغير .

اذا وقع استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير ، كان استعمالا تعسفيا ظالما ، والمقصود بهذا الشرط أن تنصرف نية الفاعل الى احداث الاضرار بالغير .

وهذا المعيار ذاتي استقر في الفقه الاسلامي والعربي والاجنبي والقضاء ، على الأخذ به كما رأينا آنفا .

والجوهري في هذا الشأن هو توافر نية الاضرار ولو اقتضى استعمال الحق الى تحصيل منفعة لصاحبه .

ويراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالا يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك ، كما جرى القضاء أيضا على تطبيق الحكم نفسه في حالة تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة .

ويرى البعض : أن قصد الاضرار بالغير ليس شرطا مطلقا وانما ترد عليه استثناءات كحق القذف أو النقد والتأديب وغيره .

ويرى أن أساس الاباحة في هذه الاستثناءات وغيرها ..

هو اعتبارات العدالة والمصلحة العامة ، باعتبارهما أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة .(1)

ونحن نرى : أن أساس التبرير أو الاباحة في هذه الاستثناءات وغيرها ، صحيح هي اعتبارات العدالة أو المصلحة العامة ، ولكن هذه الاستثناءات لا يكون الضرر فيها مقصودا لذاته ، والا فلا تبرير ولا اباحة وانما النقد والقذف والتأديب وغيرهم مقصود فيه أولا وأخيرا المصلحة العامة ، والضرر يأتي عرضا وليس قصدا ، أما اذا قصد الضرر ولو تحققت بسببه المصلحة العامة فلا تبرير ولا اباحة ،بل هناك جريمة بحسب الأحوال .

لأن هذا المعيار الذاتي لا ينطبق الا على حالة استعمال الحق اذا تبين منه قصد الاضرار بالغير ، دون أن يصحبه قصد آخر لصاحب الحق .

كما ينطبق على حالة ما اذا تحققت له مصلحة عرضية ، غير مقصودة ، مادام قصده الوحيد هو الاضرار بالغير .

واذا كان من العسير علينا اثبات قصد الاضرار ، وهو معيار ذاتي محض ، فانه يمكن للقاضي أن يستعين بالقرائن القضائية من المسلك الخارجي للشخص ،مثل انعدام المصلحة أو تحقق منفعة غير مقصودة .

(1) د : دريني ــ التعسف، ص 344 د : عثمان ، ص 362 .

المبحث الثاني

الفائدة قليلة بالنسبة لضرر الغير .

يعني هذا الشرط : اذا كان يرمي من استعمال الحق الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشيء للغير .

يقول الدكتور : (فتحي الدريني) : = ان هذا المعيار مقرر عند الاصوليين والفقهاء وأصحاب القواعد في الشريعة الاسلامية وقننته (مجلة الاحكام العدلية) وهو معيار موضوعي مادي لا يحفل بالنية أو القصد ، بل يعتبر مجرد التسبب ولوكان في الأصل مشروعا ، موجبا للمسئولية =.(١)

فهو ينصرف الى انعدام التناسب بين الفائدة والضرر أي رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا ، فمتى كانت الفوائد التي يرمي الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، اعتبر الشرط متحققا .

ويختلف هذا الشرط عن الأول ، أن الأول يرتكز على نية الاضرار بالغير وهو معيار ذاتي ، بينما الثاني على عدم التناسب بين الفائدة لصاحب الحق ، والضرر اللاحق بالغير ، وهو معيار موضوعي كما نرى .

والفقه والقضاء مستقر في كل مكان على تطبيق فكرة التناسب هذه ، سواء في الشريعة الاسلامية أو القوانين اللاتينية أو الانكلوسكسونية فقد حكم بأن جنحة السرقة لا تبرر الدفاع بالقتل ، فمن يحمد فخا قاتلا على باب منزله لدرء السرقة يتجاوز حقه اذا قتل المعتدي وفي انكلترا حكم : بأنه لا يعتبر معقولا قتل النشال الذي يسرق شديلا ويهرب به ، وحكم في فرنسا : أنه يعتبر متجاوزا حقه من يقتل شخصا باطلاق النار عليه لسرقة ثمار فاكهة .(1)

واختلال التوازن أو التناسب بين الفائدة والضرر ، يتمثل في الضرر الفاحش بصورة واضحة ، وفي الضرر العام بصورة أوضح .

كما أن : انعدام التناسب هذا قد يتخذ قرينة على قصد الاضرار ، فيجتمع الشرط الأول والثاني .(2)

المبحث الثالث

الحصول على فائدة غير مشروعة .

ويشترط أخيرا : أن يكون الغرض من استعمال الحق الحصول على فائدة غير مشروعة .

وهذا معيار موضوعي أيضا ، لكنه مرن يجعل للقضاء ....

(1) د : فتحي الدريني — التعسف — ص : 322 .
— د : عثمان سعيد عثمان — ص : 364 .
— د : محمود مصطفى — القسم العام — ص : 136 .
(2) د : فتحي الدريني — التعسف . ص : 346 .

سلطة واسعة في رقابة استعمال الحق أو الحقوق .

فالفائدة تعتبر غير مشروعة اما بسبب حظرها صراحة بنص القانون ، واما بسبب تعارضها مع النظام العام أو الآداب العامة " .

والفاعل في هذه الحالة :يعتبر معتديا ، لا مستعملا لحق .

فالطبيب الذي يجهض امرأة في غير الحالات المسموح بها ، (م : 308ع ج) لا يعتبر ممارسا لحقه في الطب أو الجراحة وانما مرتكبا لجريمة ، ومثله رب العمل الذي يفصل عاملا بسبب التحاقه أو انتسابه الى نقابة ، وكذلك الأب الذي يضرب ابنه القاصر ليحمله على ارتكاب السرقة ، أو بنته القاصرة لحملها على الدعارة ، لا يعتبر مستعملا لحقه بل معتديا .. وهلم جرا . (1)

تلكم هي شروط استعمال الحق (فماذا ما أخطئ في الاستعمال) فان ذلك يشكل إما : تجاوزا — أو : جهلاً — أو غلطاً ... وهذا ما سنراه في الفصل التالي :

(1) د : رمسيس بهنام — النظرية العامة — ص : 365 .
— محمد سلام مدكور — الاباحة ... ص : 303 .
— احمد فتحي سرور — القسم العام — ص : 220 .
— محمود نجيب حسني — اسباب الاباحة — ص : 38 .
— عثمان سعيد عثمان — استعمال الحق . ص : 365 .
— محمود مصطفى — القسم العام — 136 .
— عبد الرزاق السنهوري — الوسيط .. ص : 959 .

الفصل الثاني

التجاوز والجهل والغلط

في استعمال الحق.

تمهيد :

نقسم هذا الفصل الى فرعين :

- نبحث في الأول : التجاوز...

- ونبحث في الثاني : الجهل والغلط...

الفرع الأول

التجاوز في استعمال الحق.

تمهيد :

يقول الدكتور (محمد الفاضل) : = ان الاباحة استنادا الى استعمال الحق ، المقرر بمقتضى القانون ، مشروطة بعدم تجاوز الحدود التي رسمها القانون لهذا الحق ، وعدم اساءة استعماله =.(1)

(1) د : محمد الفاضل - مرجع سابق - ص: 348.

والمقصود بالتجاوز في استعمال الحق : خروج الاستعمال عن حدود الحق ، سواء كانت تلك الحدود عامة أو خاصة ، وسواء كان ذلك الخروج عمدا بسوء نية أو عفوا بحسن نية .(1)

ولكن : هل يمكن رد التجاوز الى نظرية عامة ،

أو هل توجد نظرية عامة للتجاوز..؟

الملاحظ أن رجال أو فقهاء القانون الجنائي قد اهتموا بفكرة التجاوز في نطاق الدفاع الشرعي ، بيد أن هناك نظرة أوسع الى هذه الفكرة بدأت تؤكد وجود ما • حيث تزايد الاهتمام (باستعمال الحق) نفسه ، كمبدأ عام ، تنطوي تحته تطبيقات كثيرة ، وليس الدفاع الشرعي الا واحدا منها .(2)

وعليه :

سنحاول بحث (التجاوز) في كل من القوانين والفقه :

- الاجنبي ..
- والعربي عامة..
- والجزائري خاصة..

وذلكم في ثلاثة مباحث :

---

(1) د : محمود نجيب حسني ـ مرجع سابق القسم . ص : 242 .
ـ د : عثمان سعيد عثمان ـ . . ص : 460 .
ـ المادة : 183 عقوبات لبناني ـ المادة : 182 عقوبات سوري .
ـ المادة : 59 عقوبات اردني . المادة 29 عقوبات يمني شعبي وهذه المادة (تعاقب على التجاوز بوصفه جريمة غير عمدية) .
(2) د : عثمان سعيد عثمان ـ مرجع سابق ـ ص : 482 .

المبحث الأول

التجاوز في القانون الانجليزي .

1) يقول الدكتور (عثمان سعيد عثمان) : = ان فكرة المعقولية ، هي بمثابة مبدأ أساسي يطبق في فروع (القانون الانكليزي) كله المدني والجنائي والاداري وغيره ، مما حدا ببعض الكتاب أن يقرر : ان العقل هو حياة القانون ، والشريعة العامة ليست سوى هذا العقل = .[1]

وأن الشيء يوصف بأنه معقول يعني : أنه متناسب مع ظروفه ، وليس فيه تجاوز لحدوده .

وأن أساس التجاوز أو عدمه في القانون الانكليزي يتوقف على فكرة عامة ذات تطبيق شامل في جميع فروع القانون ، وهي فكرة (المعقولية) حيث يعتبر استعمال حق لا غبار اذا حدث في صورة معقولة ، وأنه تجاوز حدوده اذا حدث بطريقة غير معقولة .

غير أن هذا التجاوز قد يتم بصورة عمدية فيسأل الفاعل عن جريمة عمدية ، وقد يتم بصورة غير عمدية فيسأل عن جريمة غير عمدية .

---

(1) د : عثمان سعيد عثمان مرجع سابق ص : 484 —

2) وفي القانون الفرنسي : الذي يتشابه مع القانون المصري ، حيث نجد أن (التجاوز قد تعرض له في قانون العقوبات عند البحث عن التجاوز في الدفاع الشرعي ، وفي قانون الالتزامات عند البحث في التجاوز لاستعمال الحق). فالتجاوز في الدفاع الشرعي يكون مصحوبا اما بنية سليمة أو بنية سيئة ، ففي الحالة الأولى : يعتبر مرتكبا لجريمة الخطأ غير العمدي ، وجريمة الخطأ العمدي في الحالة الثانية ، وفي الالتزامات : يعتبر متجاوزا في استعمال حقه عندما يتعدى حدود النية الحسنة ».

وهكذا : نجد أن ضابط (النية) هو الذي يحكم التجاوز .(1)

المبحث الثاني

التجاوز في القانون العربي .

1) القانون المصري : يأتي على ذكر (التجاوز) في حالة الدفاع الشرعي ، وفي حالة التعسف في استعمال الحق .

---

(1) د : محمود نجيب حسني ـ القسم العام ـ ص: 224 .
ـ فتحي الدريني ـ التعسف . ص: 320 .
ـ رؤوف عبيد ـ مبادئ القسم العام ـ ص: 529 .
ـ علي راشد ـ القانون الجنائي ـ ص: 549 .

ويرى الفقه : أن معيار (التجاوز في استعمال الحق) هو : (نظرية التعسف في استعمال الحق) المنصوص عليها في القانون المدني ، فهذه النظرية ترسم الحدود العامة لاستعمال الحق ، كما ترسم حالات تجاوز هذه الحدود بالضرورة .

لأن التجاوز ما هو الا نوع من الخطأ ، كما ان التعسف نفسه خطأ بالمعنى العام للخطأ ، وقد رسمت نظرية التعسف في المواد :(4 و 5) من القانون المدني حيث جاء النص عليها كما يلي :

المادة : (04) م م : = من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر = .

والمادة : 05م م : = يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية :

أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

ب) اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج) اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة . (1)

---

(1) د : محمود نجيب حسني ــ القسم العام ــ ص: 241 .
ــ عثمان سعيد عثمان ــ مرجع سابق ــ ص: 490 .
ــ فتحي الدريني ــ التعسف ... ص: 333 .

هذه المعايير ، يطبقها القانون الجنائي كما هي ،

وذلك : نظراً لوحدة واتساق النظام القانوني ، حيث لا يجوز له مخالفة مبادئ القوانين الأخرى بل احترامها بدون احداث تناقض. سيما وأن المذكرة الايضاحية قد صرحت بأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون ، وأنها تشمل الحقوق العينية ، والشخصية ، والقانون العام والخاص .

وأن فكرة (التجاوز) تمثل جزءاً من فكرة (التعسف) أو جانباً منها ، وأن التجاوز والتعسف يمثلان شيئاً واحداً من حيث أن كل منهما صورة من صور الخطأ العام في معناه .

ويترتب على ذلك : أن (التجاوز في استعمال الحق) لا يحميه القانون من حيث هو خطأ في ذاته ، ولكن نوع المسئولية عنه يتحدد وفقاً لطبيعة هذا الخطأ ومداه ، ما اذا كان عمداً أو غير عمدي .

فاذا وقع التجاوز بنية سليمة سئل الفاعل عن جريمة غير عمدية ، وان وقع بنية غير سليمة سئل عن جريمة عمدية ،.

وهكذا : تكون (النية) هي ضابط التجاوز .(1)

(1) د : محمود نجيب حسني — القسم العام — ص: 244 .
— عثمان سعيد عثمان — ... ص: 494 .
— فتحي الدريني — التعسف ... ص: 331 .
— علي راشد — القانون الجنائي — ص: 495 .
— رؤوف عبيد — مبادئ القسم العام — ص: 569 .

2) وفي القانون السوري : فان الفقه والقانون يفيدان :

بأن الاباحة استنادا الى استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون ، مشروطة بعدم (تجاوز الحدود) التي رسمها القانون لهذا الحق ، وعدم (اساءة استعماله).

ـ أما الحدود العامة المرسومة للحق ، فقد تضمنتها (نظرية التعسف) في استعمال الحق ، تلك الحدود التي يطلق عليها : (الحدود العامة للحق) [1] ، والتي تتطابق مع ما نصت عليه التشريعات العربية [2] ، ومنها القانون الجزائري على ما سنرى .

ـ أما اساءة الاستعمال : فتكون بالخروج عن الغاية التي شرع هذا الحق من أجلها ، متمثلا (بسوء النية) . كما قيل بشأن التجاوز في الدفاع الشرعي بأنه : يقع بسوء نية أو بحسن نية ، فيسأل الفاعل عن جريمة عمدية أو غير عمدية حسب الأحوال .[3]

وهكذا نجد هنا أيضا : أن النية هي التي تحكم التجاوز ، شأن التشريعات السابقة .

(1) انظر صفحة : 80 من هذه الرسالة .
(2) المادة : 29 عربي شمي -
(3) د. عبد الوهاب حومد ـ الحقوق الجزائية ـ ص: 459 .
ـ محمد الفاضل ـ مرجع سابق ـ ص: 348 .
ـ فتحي الدريني ـ التعسف... ص: 332 .

المبحث الثالث

التجاوز في القانون الجزائري .

بحثت مسألة (التجاوز في استعمال الحق) في الفقه الجزائري ، أثناء الكلام عن (الدفاع الشرعي) مغايرا ما جاء في التشريعات العربية والأجنبية تقريبا ، من أن التجاوز : قد يقع بحسن نية ، فيسأل الفاعل عن جريمة غير عمدية ، أو يقع بسوء نية فيسأل عن جريمة عمدية .(1)

كما جاء ذكر (التعسف ... التجاوز) في المادة : (691) من القانون المدني ، حيث نصت على أنه : = يجب على المالك ألا (يتعسف) في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ...

وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب ازالة هذا المضار اذا (تجاوزت الحد المألوف... = .

وهذه المادة ما هي الا تطبيق للمادة : (41) من التي تحكم أو تبين حالات (التعسف في استعمال الحق) ونصها ما يلي :

---

(1) د . رضا فرج ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، ص : 175 .

المادة : 41 م.ج : = يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال

التالية : 1) اذا وقع بقصد الاضرار بالغير.

2) اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير.

3) اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وقد رأينا أن (نظرية التعسف في استعمال الحق) في القانون الجزائري، هي نظرية عامة في القانون الخاص والعام.(1)

لذلك نرى :

أن (التجاوز في استعمال الحق) تحكمه هذه النظرية، تماما كما هو الحال عليه في التشريعين المصري والسوري وأكثر التشريعات العربية.(2)

وهكذا نجد، أن التشريع العربي جعل المعيار في التجاوز هو (حسن النية) والذي قال بالإهمال. ولكن لنا رأي في الموضوع :

---

(1) انظر صفحة : 75 من هذه الرسالة.

(2) انظر تنص المادة : 29 عقوبات يمني على ما يلي = اذا تجاوز الشخص باهما له حدود الاباحة عوقب على هذا التجاوز اذا كان القانون يجرمه بوصفه جريمة غير عمدية (النتيجة هي واحدة كما ترى).

أولا :

لقد قيل بشأن الدفاع الشرعي : (أن يتناسب الدفاع مع جسامة الخطر) .

ثانيا :

ان حالات نظرية التعسف الثلاث تنص : على —

— قصد الضرر (وقصد الضرر يعتبر تعديا وليس تجاوزا حيث النية السيئة مؤكدة بالقصد).

— الحصول على فائدة غير مشروعة (وهذا أيضا تعديا لانه مخالف للقانون).

— الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشيء للغير .
(هنا يقع التجاوز في استعمال الحق ،
ولكي يكون الاستعمال مشروعا يشترط
حصول تناسب بين الفائدة والضرر كما يقال .

وعليه :
— فان القانون الجنائي يشترط (التناسب) بشأن الدفاع الشرعي .
— والقانون المدني يشترط (التناسب) بشأن التعسف في استعمال الحق .

لذا : نقترح أن تكون (نظرية التناسب) هي المعيار في (تجاوز استعمال الحق) في القانونين (المدني والجنائي) بديل (حسن النية أو الاهمال .

—

الفرع الثاني

الجهل والغلط في استعمال الحق .

تمهيد :

الأصل أن صاحب الحق يستفيد من عمل التبرير أو الاباحة عندما يستعمل حقه المبرر ، وهو عالم ومحيط بظروف الفعل وملابساته ونتائجه ، وتوافر جميع الشروط التي تجعل منه عملا مباحا .

الا أن : هناك حالات يتوهم فيها الفاعل قيام سبب الاباحة أو التبرير بكل شروطه ، بينما في الحقيقة والواقع أن هذا السبب غير موجود .

وان هذا التوهم قد يقع :

- جهلا بالأمر ... أو :
- غلطا فيه ...

- فما الجهل ..؟ وما الغلط ..؟ وما حكمهما عامة ..؟ وفي استعمال الحق خاصة ..؟

- هذا ما سنطرقه في المباحث الأربعة التالية :

- بين الجهل والغلط ..
- الغلط في القانون الأجنبي ..
- الغلط في القانون العربي ..
- الجهل والغلط في القانون الجزائري ..

المبحث الأول

بين الجهل والغلط .

أولاً : الجهل بالأمر :

هو عدم الاحاطة به أصلاً ،

وهو أمر سلبي : كمن يطارد ذئباً بسلاحه الناري وسط زراعة ، فيقتل انساناً يجهل وجوده ، أو كمن يحرر عقداً محشواً ببيانات مزورة وهو يجهل واقعة التزوير ، أو يستعمل نقوداً أو أوراقاً أو أختاماً أو طوابع ... مزورة وهو يجهل التزوير (م : 230ع . ج) . (1)

---

(1) انظر بخصوص هذا الموضوع وغيره :
- ستيفاني — ليفاسير : قانون العقوبات العام وعلم الاجرام — 1957 ص : 409 .
- روه دروس في القانون الجنائي الفرنسي — 27 — 1927م .
- جارسون : شرح قانون العقوبات الفرنسي — م 1 — 1911 ص : 155 .
- دونديو دو فابر : مبادئ في القانون الجنائي — 1947 — 245 .
- جارو : بحث نظري وتطبيقي في قانون العقوبات الفرنسي — ط 3 — ص : 327 .
- بوزا : بحث نظري وتطبيقي في قانون العقوبات — 1951 — ص : 210 .
- محمود نجيب حسني : القسم العام — ص : 171 .
- عبد المهيمن بكر : القصد الجنائي — (رسالة) القاهرة — 1959م .
- عمر السعيد رمضان : الركن المعنوي في المخالفات (رسالة) القاهرة 1959م .
- محمد زكي محمود : اثر الجهل والغلط في المسئولية الجنائية (رسالة) 1967م .
- احمد فتحي سرور : اصول قانون العقوبات — ص : 200 .
- محمود محمود مصطفى : القسم العام — ص : 156 .
- عوض محمد : الوجيز في قانون العقوبات — ص : 119 .
- رمسيس بهنام : النظرية العامة ... ص : 341 .
- عثمان سعيد عثمان — استعمال الحق — ص : 500 .
- محمد الفاضل : مبادئ التشريع ... ص : 349 .
- عبد الوهاب حومد : الحقوق الجزائية .. ص : 457 .

ثانيا : الغلط في الأمر :

أما الغلط في الأمر فهو فهمه على صورة تغاير الواقع ، وهو أمر ايجابي ، كمن يأخذ حقيبة من المسافرين وهو يعتقد أنها حقيبته ، أو كمن يعطي جرعة من دواء للمريض من مادة سامة ، معتقدا أنها الدواء الذي أمر به الطبيب .

والجهل بالواقع يستوي مع الغلط فيه من ناحية أثره في القصد الجنائي ، وبالتالي في مسئولية المتهم .

ثالثا : الجهل بالقانون :

أما الجهل بالقانون فهو أن لا يعلم الجاني مقدما أن القانون ينص على الفعل الذي ارتكبه باعتباره جريمة يرتب لها عقوبة . كمن يسرق أحد والده والديه معتقدا أن القانون لا ينص على سرقة الاصول باعتبارها جريمة معاقب عليها .

رابعا : الغلط في القانون :

أما الغلط في القانون فهو أن يعلم الجاني بالقانون ، ولكنه يفهمه على غير الوجه الصحيح أو يفسره تفسيرا يشوبه الغلط ، كمن يعلم أن القانون ينص على عقاب من يختلس منقولا للغير باعتباره سارقا ، ولكنه يعتقد أن هذا لا ينطبق على حالة من يسرق مال مدينه وفاء لدينه .

والقاعدة : أن الجهل والغلط في القانون لا يعدم الحمد .

ذلك لأن العلم بالقانون وفهمه على الوجه الصحيح أمر مفترض في الناس كافة ، وليس لأحد أن يحتج بجهله القانون الجزائي وملحقاته (قانون الأحداث - الضرائب - المخدرات الاسلحة والذخائر - النقد) أو تأويله اياه تأويلا خاطئا (اللهم الا في الظروف القاهرة) في حين أن ذلك يعد عذرا ويمكن الدفاع به في القوانين الأخرى (كالاداري - الاحوال الشخصية - المدني .. الخ) .

= وهذه التفرقة بين الجهل بالقانون الجنائي أو الغلط فيه من جانب ، وبين الجهل بالقوانين غير الجنائية أو الغلط فيها من جانب آخر ، معروفة في بعض الشرائع الأجنبية مثل : التشريع الالماني ، كما نصت عليها المادة : (47) من قانون العقوبات الايطالي عندما قررت صراحة (أن الغلط في قانون غير قانون العقوبات ، يستبعد العقوبة ، اذا أحدث غلطا منصبا على الواقعة التي تكون الجريمة) .[1] ومثله التشريع اليمني الشعبي .[2]

ـ أما الشك في القانون فهو يختلف عن الجهل والغلط ، اذ هو علم غير أكيد ، ويعامل معاملة العلم .

---

(1) د : رؤوف عبيد : المرجع السابق ص : 293 .
(2) تنص المادة : 34 عقوبات يمني شعبي : (الغلط في الوقائع ينفي القصد ، لا يقبل الاحتجاج بجهل احكام قانون العقوبات ، يعتد بالجهل كقاعدة مقررة في قانون اخر متى كانت منصبة على امر يعد عنصرا في الجريمة) .

خامسا: الجهل بالاباحة:

إن الجهل بالاباحة أو أفعال التبرير عامة (ومنها استعمال الحق) حيث يفترض الجهل بها توافر سبب الاباحة أو فعل التبرير بكل شروطه التي يحددها القانون، واعتقاد مرتكب الفعل غير ذلك، أي اعتقاده أن سبب التبرير لم يتوافر وأن فعله غير مشروع (الجريمة التصورية)، كطبيب يجهض سيدة بدون قصد العلاج، وانما تلبية لرغبتها، ثم يتضح فيما بعد أن هذا الاجهاض كان ضروريا لازما حيث أنقذ السيدة من خطر موت محقق كان يتهددها لولا واقعة الاجهاض.(1)

والقاعدة: في أسباب الاباحة أنها: موضوعية مادية وأن الأصل في الجهل بها لا يحول دون توافرها، ولو اعتقد الفاعل أنها غير متوافرة لخطأ منه في فهم القانون أو فهم الوقائع.(2)

---

(1) د: رؤوف عبيد ـ مرجع سابق ـ ص: 495.
(2) د: محمود نجيب حسني ـ القسم العام ـ 171.
المادة: 323 و 324 عقوبات لبناني. المادة: 67 عقوبات ليبي.
المادة: 85 و 86 عقوبات اردني. المادة: 37 عقوبات عراقي.
المادة: 05 عقوبات ليبي. المادة + أو فصل: 02 عقوبات مغربي.
فصل: 36 عقوبات تونسي. د: علي راشد ... ص: 375.
رو: مرجع سابق ـ ص: 181. بوزا: مرجع سابق ـ ص: 167.
جارسون: مرجع سابق ـ ص: بل فقرة: 94.
عوض محمد ـ مرجع سابق ـ ص: 119.

سادسا : الغلط في التبرير :

أما الغلط في التبرير أو الاباحة حيث يفترض توهم الجاني توافر سبب الاباحة أو فعل التبرير بكل شروطه ، في حين أن هذا السبب غير متوافر أو في عبارة أخرى ، يفترض هذا الغلط اعتقاد الجاني توافر الوقائع التي يقوم سبب الاباحة بالنظر اليها ، في حين أن هذه الوقائع ليست متوافرة .(1)

كمن يرد على التهديد بالتهديد ، أو الصفعة بالصفعة ، متوهما أن له حق الدفاع الشرعي .

والقاعدة العامة : أنه : يمكن الاعتداد بالغلط ، في الاباحة أو التبرير ، اذا اعتقد الفاعل مشروعية فعله وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة ، أو بعد التثبت والتحري ، وأنه كان يعتقد مشروعيته .(2)

وتطبق هذه القاعدة على كل أسباب التبرير بما فيها استعمال الحق .

يقول الدكتور (محمود محمود مصطفى) : = ونظرية الغلط في الوقائع أو الظروف التي تقوم عليها الاباحة ، تبنى على مبدأ عام في القانون مقتضاه : أن الانسان لا يكلف بما ليس في وسعه =.(3)

(1) بهنام رمسيس — الاتجاه الحديث في الفعل والفاعل والمسئولية — مجلة الحقوق — عدد : 1 و 2 سنة : 9 — ص : 23 — 30 .
(2) محمود محمود مصطفى — مرجع سابق — ص : 197 .
(3) محمود محمود مصطفى — مرجع سابق — ص : 157 .
— رؤوف عبيد — مرجع سابق — ص : 489 . —
م : 215 ع كويتي م : 14 ع قطري م : 12 ع امارات م : 86 و 87 ع اردني .

المبحث الثاني

الغلط في القانون الأجنبي .

1) في القانون الانكليزي : يعتبر الغلط بصفة عامة دفعا من الدفوع العامة ، ولهذا يتحدث عنه شراح القانون ضمن طائفة الأسباب التي يترتب على توافرها انتفاء المسؤولية الجنائية ، شأنه في ذلك شأن عوارض الأهلية : كصغر السن والجنون والسكر .

ومجمل القول : أن الفقه يوجب على المتهم أن يأتي بما يثبت ليس فقط وجود الغلط بل وأحيانا معقولية هذا الغلط.(1)

2) وفي القانون الفرنسي : لم تتوضح فكرة الغلط في الاباحة عن النظرية العامة في الغلط ، ويقول الفقيه (جارسون) : " أنه يجب أن ينصب الغلط على عناصر جوهرية في الجريمة كحالة الصياد الذي يقتل شخصا معتقدا أنه يصوب نحو صيد ، وكحالة الصياد الذي يقاوم بالعنف رجل الشرطة وهو يجهل حقيقة صفته ".(2)

وعليه : فالغلط تحكمه القواعد العامة .

---

(1) د : محمد زكي محمود — مرجع سابق — ص : 64 .
(2) د : عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق — ص : 500 .

3) وفي القانون السويسري : فانه يتطلب للنجاة من العقاب عن الغلط أن يكون معقولا ، مما لا يستطيع الانسان أن يتجنبه (م : 20ع . سويسري). بينما نجد القانون اليوغسلافي : وفي شأن الجهل في القانون ، ينص: على طلب التخفيف أو البراءة اذا كان مبنيا على أسباب معقولة .[1]

المبحث الثالث

الغلط في القانون المصري .

1) يلاحظ الدكتور (محمود نجيب حسني) : = أن نظرية الغلط في الاباحة نظرية حديثة ولم تقرها التشريعات العربية صراحة ولا يسلم بها الفقه في مجموعه ، وكذلك يجهلها القضاء ، ولكن ذلك لا يعني عدم اعتداد التشريعات العربية بها ، بل غالبا ما تقرر المساواة بينها وبين الاباحة ذاتها =.[2]

ـ ويرى الدكتور (رمسيس بهنام) الذي يسمي مع الدكتور (رؤوف عبيد) فكرة الغلط في الاباحة (بالبراءة الظنية) يرى : = أن لفظ البراءة يتحد بالاباحة بحسب اصطلاح الاصوليين ، وأن معناها : أن يتصور انسان في ظروف ما ، وجود سبب مبيح لسلوكه الاجرامي أو معفي من العقاب عليه ، بينما

(1) د. رؤوف عبيد ـ مرجع سابق ص: 202.
ـ انظر المراجع الاجنبية ص: 180 من هذه الرسالة .
(2) د : محمود نجيب حسني ـ أسباب الاباحة ص: 36 . وما بعدها .

لا يكون لهذا السبب كيان في الحقيقة والواقع ، وأن الاباحة الظنية القائمة على الاعتقاد بوجود الظرف المبيح اذا لم تكن مستندة الى أسباب معقولة بحسب تقدير الرجل العادي ، فلا يعتد بها ويظل الجزاء مستحقا .=[1]

2) وفي القانون السوري : يقول الدكتور (محمد الفاضل) := وليس من شأن الغلط في الشخص أو الخطأ في التصويب نفي الحق الذي نشأ ولا نفي الاباحة المترتبة عليه ، أما اذا اصطحبه اهمال أو عدم الحيطة الواجبة فلا مندوحة عن مؤاخذة المدافع عن اهماله مدنيا وجزائيا .= [2]

3) القانون القطري : من خلال تصفحنا لأكثر القوانين العربية ، لم نجد الا واحدا تحدث عن (الغلط) في أسباب الاباحة ، هو (القانون القطري) حيث نصت المادة (14) عقوبات على أنه : = لا يعد الفعل جريمة اذا وقع من شخص ملزم قانونا بهذا الفعل ، أو يقره القانون على فعله ، واذا كان الفعل وقع منه بسبب (غلط) في الوقائع معتقدا بحسن نية أنه ملزم قانونا بذلك الفعل ، أو أن القانون يقره على فعله =. [3]

---

(1) د : رمسيس بهنام – مرجع سابق – 405.
(2) د : محمد الفاضل – مرجع سابق – ص: 349.
(3) قانون العقوبات القطري لعام: 1974 .
(تنص الفقرة الاولى من المادة : 37 عقوبات عراقي : = ليس لأحد ان يحتج بجهله باحكام هذا القانون او اي قانون عقابي اخر ما لم يكن قد تعذر علمه بالقانون .. بسبب قوة قاهرة =).

أما بقية القوانين العربية فانها تتحدث عن (الجهل والغلط) في القانون والوقائع بصورة عامة ، وليس في معرض تحدثها عن (أسباب التبرير أو الاباحة) وكمثال جامع لما في تلك القوانين نثبت ما نص عليه قانون العقوبات اللبناني (الذي يتطابق تقريبا مع ما نص عليه قانون العقوبات السوري والاردني) كنموذج حول (الجهل والغلط في القانون) :

4) القانون اللبناني : نصت المواد :

ـ المادة : (223) ع.ل : = لا يمكن أحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله اياها تأويلا مغلوطا فيه .

غير أنه يعد مانعا للعقاب :

آ ـ الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو ادارية ، يتوقف عليها فرض عقوبة .

ب ـ الجهل بشريعة جديدة اذا اقترف الجرم في خلال الأيام الثلاثة التي تلت نشرها .(1)

ج ـ جهل الاجنبي الذي قدم لبنان منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين لا تعاقب عليها قوانين بلاده أو قوانين البلاد التي كان مقيما فيها . =

---

(1) مصدره المادة في القانون العراقي سبعة أيام .(م : 37ع ع).
ـ انظر المواد : 223 و 224 و 225 ع سوري . 85 ـ 87 ع اردني .
م : 67 و 63 ع ليبي . م : 36 ع تونسي . فصل : 02 ع مغربي .
م : 03 ع ليبي . م : 34 ع يمني شمالي .

المادة : (224)ع.ل : = لا يعاقب كفاعل أو محرض أو متدخل في جريمة مقصودة من أقدم على الفعل بعامل (غلط) مادي واقع على أحد العناصر المكونة للجريمة .

- اذا وقع الغلط على أحد الظروف المشددة لم يكن المجرم مسؤولا عنه . وهو بعكس ذلك يستفيد من العذر الذي جهل وجوده .

- تطبق هذه الاحكام في حالة (الغلط) الواقع على هوية المجني عليه .=

المادة : (225)ع.ل : = لا يكون (الغلط) ... الواقع على فعل مؤلف لجريمة غير مقصودة ، مانعا للعقاب الا اذا لم ينتج عن خطأ الفاعل =.

وهكذا :

تجد أن (الغلط والجهل) في الوقائع يكون (مانعا للعقاب) كقاعدة عامة ، في حين يكون (ماحيا للجريمة) في أفعال التبرأ والاباحة) وعندنا استعمال الحق ، كما هو الحال في القانون القطري (وان استويا في النتيجة).

وبعد : ماذا عن الغلط والجهل في القانون الجزائري ..؟

المبحث الرابع

الغلط والجهل في القانون الجزائري .

رأينا مما تقدم :

1) أن القاعدة العامة السائدة في التشريع العربي والاجنبي : أن لا عذر بجهل القانون الجنائي (وقد نصت المادة : (74) من الدستور الجزائري : = لا يعذر أحد بجهل القانون =

2) وأن الجهل بأفعال التبرير أو الاباحة ، لا يمنع من توافرها .

3) وأن الجهل والغلط في الوقائع في الجرائم عامة ، يستويان في الحكم : فقد يكونان سببا لتخفيف العقوبة ، أو البراءة اذا قاما على أسباب معقولة ، أو يكونان مانعين للعقوبة (ونفس الاحكام تطبق على أسباب التبرير أو الاباحة).

فبماذا أخذ التشريع الجزائي الجزائري ، بالنسبة الى : الجهل والغلط ، في الوقائع ..؟

نتصفح بعض مواد هذا التشريع :[1]

(1) انظر قانون العقوبات الجزائري ـ أمر رقم : 156 / 1966 وتعديلاته والقانون رقم : 04 / 1982 ، المعدل والمتمم للامر رقم : 56 / 66 .
ـ انظر صفحة : 185 وما بعدها من هذه الرسالة .

1) فالمادة : (339) ع.ج : تنص في فقرتها الثانية على ما يلي :

= وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة =.

ـ فاذا كان لا يعلم (أي يجهل) فلا عقوبة.

2) والمادة : (273) ع.ج : تنص على معاقبة المتدخل حيث تقول أن :

= كل من ساعد عمدا شخصا في الافعال التي تساعد على الانتحار أو تسهيله له أو زوده بالاسلحة أو السم أو بالآلات المعدة للانتحار (مع علمه) بأنها سوف تستعمل في هذا الغرض، يعاقب بالحبس... =.

ـ فاذا كان لا يعلم (أي يجهل) غرض استعمالها، فلا عقوبة.

3) والمادة : (201) ع.ج : تنص صراحة على الجهل واللاعقوبة :

= لا عقوبة على من تسلم نقودا معدنية أو أوراقا نقدية مقلدة أو مزيفة أو ملونة، وهو يعتقد أنها صحيحة، وطرحها للتداول وهو يجهل ما يعيبها =.

ـ فالجهل هنا ينفي العقوبة.

والمادة : (303) ع.ج : تنص على أن : = كل من يفض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة الى الغير، وذلك (بسوء نية) وفي غير الحالات المنصوص عليها في المادة : 137، يعاقب بالحبس من شهر واحد الى سنة وبغرامة من (500) الى (3000) دينار أو باحدى هاتين العقوبتين =.

- فماذا نقصد (بحسن نية) - إنما هو الغلط ، فلا عقوبة .

والمادة : (230 ع.ج) توقف العقوبة تنص : " يوقف تطبيق العقوبات المقررة ضد من يستعمل النقود أو الأوراق أو المحررات المزورة أو المقلدة أو المصنعة أو المزيفة ، كلما كان المزور (مجهولا) من الشخص الذي استعمل الشيء المزور " .

- فالجهل هنا يوقف العقوبة .

والمادة : (61) إجراءات جزائري ، تنص : " يحق لكل شخص في حالات الجناية أو الجنحة المتلبس بها والمعاقب عليها بعقوبة الحبس .
ضبط الفاعل ، واقتياده إلى أقرب ضابط من ضباط الضبط القضائي " .(1)

- نحن هنا : أمام استعمال الحق .. المبيح للتجريم .. سوف نتطرق لهذا الموضوع في (تطبيقات استعمال الحق)

- ومما تقدم بيانه نرى : أن القواعد العامة في القانون الجنائي الجزائري توافق القواعد العامة في القوانين العربية والأجنبية في هذا الموضوع .

---

(1) المادة : (41 فقرة 4) من قانون العقوبات العراقي اعتبر ضبط الفاعل المتلبس بجريمته (استعمالا لحق) ، وسوف نتطرق الى هذا الموضوع في الباب الثاني : " تطبيقات استعمال الحق " .

تمهيد :

كثيرة هي الحقوق التي تشكل ممارستها (تطبيقا لاستعمال الحق) والتي تعتبر (أعمال أو أسباب تبرير أو اباحة)

- لأنها من جهة : تعتبر حقوقا لمن يستعملها .
- ومن جهة : فان استعمالها يشكل اعتداء على حقوق الغير التي يحميها القانون .

الا أنه : يمكن رد أشهر هذه الحقوق أو الأعمال الى اثنتين :

- مادية ...
- وقولية ...

1) فالأعمال المادية : تمس الجسم العضوي للانسان :

- كالضرب : للزوجة والأولاد – من قبل الزوج والوالد .
(ويسمى هذا : حق التأديب .
- وكاعطاء الدواء أو جرح الجسم من قبل الطبيب .
(ويسمى هذا : حق ممارسة التداوي أو التطبيب .
- وكالضرب أو الجرح أو العنف الذي يحدث أثناء الألعاب الرياضية .
(ويسمى هذا : حق ممارسة الرياضة .

- وكأعمال العنف التي تقع على من ارتكب جناية أو جنحة مشهودة أو متلبس بها ، بقصد ضبطه وتسليمه للسلطة.

(ويسمى هذا : حق القبض.

2) أما الافعال القولية : فهي تمس الاعتبار الشخصي للانسان:

- كالقذف والسب في معرض النقد ، والدفاع أمام المحاكم.

(وتسمى تقليديا : حق النقد والدفاع .

وهكذا :

نرى أن كل هذه الافعال (المادية والمعنوية) تشكل اعتداء على جسم وكرامة الانسان ، اللذان صانهما القانون الجنائي من كل اعتداء أو مس ، باعتبارهما مصلحة جديرة بالحماية .

- الا أنه لاعتبارات المصلحة العامة والأجدر بالحماية يبرز أو أباح الاعتداء عليهما (لا بقصد الاعتداء) ولكن للمصلحة وفي حدود وضمن هذه المصلحة الأجدر بالحماية.

- وسوف نبحث تلكم الأفعال في فصلين :

- الأول : للأفعال المادية...

- والثاني : للأفعال المعنوية... مضيفين (حق القبض) الى هذه الأخيرة لأسباب تنظيمية لا منطقية .

الفصل الأول

الأعمال العادية .

نبحث هذه الأعمال في فرعين :

- نخصص الأول الى : تأديب الزوجة والأولاد .
- ونخصص الثاني الى : ممارسة الطب والرياضة .

الفرع الأول

تأديب الزوجة والأولاد .

نبحث هذا الفرع في بحثين :

- الأول : في تأديب الزوجة .
- والثاني : في تأديب الأولاد .

المبحث الأول

تأديب الزوجة.

- في الشريعة الاسلامية.
- في القانون العربي.
- في القانون الجزائري.

تمهيد :

ان حق التأديب يعني (اللامساواة) بين (المؤدب) (والمؤدب) فمن أين جاء هذا الحق للرجل دون المرأة..

- هل فرضته الطبيعة...
- هل فرضه الرجل...
- هل فرضته الأديان...
- أم هل فرضته المرأة على نفسها حبا وكرامة..

أيهم المسئول..؟

- لقد اعتقد (أرسطوطاليس، والقديس توما) على تصور (أنتروبولوجي) معين ليعرفنا (المرأة) بأنها = رجل ناقص)، أما (روسو) فقد نذر المرأة باسم الطبيعة لأن تكون في خدمة الرجل.(1)

(1) انظر :
- مونيك بيتر- المرأة عبر التاريخ - ترجمة : هنريت عبودي - دار الطليعة - بيروت - 1979 - ص: 200.
- د: حسن شحاته سعفان : علم الانسان - (الانتروبولوجيا) منشورات مكتبة العرفان - بيروت - 1966.

في حين أكد (فرويد) أن مصير المرأة موسوم على جسدها .

أما (ماري بونابرت) تلميذة فرويد ، فهي تدعي : أنه من الممكن اعتبار المرأة (رجلا لم يكتمل نموه).

بينما نرى (الوجودية) التي ترفض كل فكرة جبرية ، ترفض أيضا (الجبرية الفيزيولوجية) تقول مؤلفة كتاب (الجنس الآخر) = سيمون دوبوفوار = : ليست المرأة ، امرأة بالولادة ، وانما بالصيرورة ، انها من صنع المجتمع من صنع التربية .

وتقول احدى المثقفات في القرن الثامن عشر : ان الطريقة التي عوملنا بها ، تشهد على أن الله رجل .

— في حين تلتقي (الماركسية والوجودية) في أن : = الانسان هو ما يفعله = ولا أحد ينكر اليوم أن الرجل انسان ، فهل المرأة انسان ..؟

— لقد تساءل في عام : 585 م أحد (الاساقفة) عما اذا كانت كلمة (انسان) تعني المرأة أيضا ..؟

— في حين تساءل أسقف آخر : عما اذا كان للمرأة روح ..؟

لا شك أن التعارض بين (الطبيعة والتاريخ) يبقى موضوع نقاش مفتوح ، ولكن : من المؤكد أن الشرط النسوي ، قد أخضع عبر العصور لاكراهات (الطبيعة والمجتمع) سواء.(1)

---

(1) مونيك المرجع السابق ص: 227 (هناك مثل هندوسي يقول : = من لا يحسب للماضي حسابا يحكم عليه بأن يعيشه من جديد = .

فلو استقرأنا قليلا الماضي (والد الحاضر وجد المستقبل) لوجدنا أنه :

1) في عصور ما قبل التاريخ أن المرأة تتمثل (بالوالدة) الخصب والخير والجمال ، وهي (الالهة) (نينوس — ديمتريا — و : ايزيس) .

ولما اكتشفت المرأة الزراعة ، جرت المشابهة بينهما (الأرض — الأم) ولم تعلم أنها قد (حفرت قبرها بيدها) في هذا الاكتشاف أو ربما كان عن طيب خاطر فهي (الهبة = العطاء) .

فتدخل (الرجل الاله) وأخذ مكانة (الالهة المرأة) بظهور الملكية الخاصة ، أخذا الدور الايجابي ، مانحها الدور السلبي ، فاذا كانت (الأرض المرأة) فان الكائن السماوي الأعظم هو الذكر ، فماذا تستطيع أن تفعله الأرض من دون تدخل السماء ، من دون حرارة الشمس و الغيث الذي يخصبها .

2) — ويأتي الاقطاع وتتعزز سلطة الرجل (رب الأسرة) تتعدد الزوجات ، وتطرد لأتفه الاسباب ، وتقتل اذا زنت . كان اليهودي يتلو كل صباح صلاة شكر ليهوه لأنه (لم يخلقه عبدا ولا : وثنيا ولا : امرأة) .

وعندما تبلغ سن الزواج (في الصين القديمة) يذكرونها بالمثل القائل : (1)

(1) د : محمد شكري سرور — نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية دار الفكر العربي — 78 — 979 ام — ص : 282 .

= الزوج هو سماء المرأة ، وبما أن الشمس فريدة فان المرأة لا تستطيع أن تحصل على أكثر من رجل واحد ، ولما كانت السماء تعانق الأرض بمرمتها فان الزوج كان مخولا امتلاك عدة زوجات وخليلات .وكان الدين في خدمة الرجال .

= الصبي يربى دوما ولو كانت الاسرة فقيرة ، والفتاة تهجر توضع في وعاء من فخار وتترك في المزبلة العامة ولو كانت الاسرة غنية = هكذا كان يتردد في بلاد اليونان القديمة ،بالاضافة الى القول : = الزواج شر لا بد منه للحصول على ذلك الخير الذي لا بد منه ، أعني الابن الشرعي .

أما في روسيا الاقطاع والجبروت فقد كان = السوط يعلق فوق سرير الزوجية = .

الا أننا نجد ترقية فريدة في عصرها في كل من (شريعة حمورابي في بلاد الرافدين ، وعند قدماء المصريين ، وعند الرومان ، حيث : كما نصت شريعة حمورابي تقضي بأنه : = اذا تعرضت الزوجة لاهانات خطيرة من قبل زوجها يحق لها أن تطلب الطلاق أو الانفصال = . بينما في مصر : = فالزوجة تتمتع بأهلية قانونية واسعة : تدير أملاكها ، تقسم اليمين ، ترافع أمام القاضي ، للأنثى مثل حظ الذكر في الارث = .(1)

(1) د : محمود السقا — فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية — دار الفكر العربي — مطبعة جامعة القاهرة — 1978م — ص: 346 .

أما في (روما) فقد منع الطلاق الا في حالات نادرة، والذكر مثل حظ الانثى في الارث، وجرى القول: (حيث غايوس سأكون غايا) يشير الى اقامة الشراكة الزوجية.

– أما عند العرب القدماء (قبل الاسلام) فيكفي أنهم كانوا يتطيرون في ثلاث: (المرأة – الدابة – الدار)، عدا تعدد الزوجات بدون قيد، وحرمان البنت من الارث، والسبي.(1)

وتأتي (المسيحية) لترفع من شأن المرأة وتزيل كل تمييز عرقي أو جنسي أو اجتماعي، ولم يعد هناك سيد أو عبد رجل أو امرأة، وجعلت لفظ (المرأة) مكرما، فقد كان السيد المسيح يخاطب أمه بقوله (يا امرأة) لكن:

3) القديس بولس (في القرون الوسطى) وضع عدة تحفظات كقاعدة لعداء المرأة منها:

– الرجل هو الوسيط بين الله والمرأة.

– المرأة كائن (ثان) وجد من أجل الرجل.

– المرأة هي صانعة الخطيئة. قائلا:

– أيها النساء اخضعن لازواجكن.. ان الزوج هو رأس المرأة.

هكذا يتدخل (الرجل باسم الدين) أو يتدخل الدين بلسان الرجل.

فيرفض الرجال في (فرنسا – عام: 1316م) أن تعتلي العرش (جنا) بنت الملك (لويس العاشر)، معللا أحدهم (فراسوار) = ان المملكة الفرنسية أنبل من أن تكون من نصيب أنثى).(1)

(1) د. سعيد عبد الفتاح عاشور – حضارة ونظم أوربا – 1976م.
– سعيد الافغاني – الاسلام والمرأة – دار الفكر – ط3، ص: 21.

— ويأتي (الاسلام) بثورته على مفاهيم الجاهلية ، فيقضي على العرقية والعنصرية (كلكم لآدم وآدم من تراب ، لا فضل لعربي على أعجمي ولا لابيض على أسود ... الا بالتقوى) حدد تعدد الزوجات .. وأورث النساء .. وحث على ترك الرق والتسري .. ساوى في عقوبة الزنى بين المرأة والرجل .. لكنه لم يحلن أو يقر المساواة التامة بين الرجل والمرأة .

— وفي بريطانيا (1066م) شاع المثل := في الزواج يصبح الرجل والمرأة شخصا واحدا ، وهذا الشخص هو الرجل =.

— وفي أواخر القرن (الرابع عشر) ارتفعت أصوات نسوية تطالب بالمساواة (كريستين دي بيزان) تدافع في مؤلفاتها عن بنات جنسها في فرنسا .

4) وتطل العصور الحديثة : فيشعر الرجل بأنه قد ظلم هذا الانسان الوديع ، فيرفع صوته ويستخدم قلمه للدفاع عن المرأة ، فيكتب (بولان دولابار — 1673م) بحثه الشهير عن المساواة بين الجنسين قائلا : = ان العقل يقودنا الى الاعتراف بتساوي الجنسين ، فالعادة لا الطبيعة هي التي خلقت عدم المساواة بين الرجال والنساء =:

— وتتحقق (الثورة الفرنسية) وتصدر (اعلان حقوق الانسان) و : (شرعة حقوق المرأة) فتلغى : سلطة الأب ، وتحدد سن البلوغ (21 سنة) وتحلن المساواة في الارث بين البنين والبنات ، ويقر حق الطلاق . وتتوالى الاحداث حتى تلغى الطاعة الزوجية ومعها حق التأديب في قوانين (38 — 942 1م) وتحل سلطة الوالدين على الأولاد بديل سلطة الأب (قانون : حزيران : 1970م وتساوي اليابان بين الجنسين (1947) وتلغي الصين تعدد الزوجات (1911م . الخ . فماذا عن المساواة والتأديب عندنا ..؟

المطلب الأول

التأديب في الشريعة الاسلامية .

نبحث هنا وضع (الرجل والمرأة) بصورة عامة ، ثم (الزوجين) ومن خلالهما (حق التأديب) .

الرجل والمرأة في الشريعة الاسلامية .

هل تساوي الشريعة الاسلامية بين (الرجل والمرأة) : ؟

ان الشريعة الاسلامية ، تتضمن مواضيع شتى حول (الرجل والمرأة).

نختار بعضها منها ، مثل :

- التفضيل ...
- النكاح ...
- الشهادة ...
- الارث ...
- الصورة ...

أولا : التفضيل :

نستشهد بالآيات القرآنية في هذا الموضوع :

1) = وللرجال عليهن درجة = (البقرة : 228).

2) = الرجال قوّامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم = (النساء : 34).

وبموجب هذا هناك (تفضيل مقرر من عند الله) للرجال على النساء ،علما بأن كلمة (قوامون) تعني الاهتمام والرعاية وتأمين حاجات الحياة الزوجية من معنوية ومادية ، لكن التفضيل باق (بلفظ .درجة ـفضل الله).

ثانيا : النكاح :

1) = فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألاّ تعدلوا فواحدة = (النساء : 03).

2) = اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم... والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم=(المائدة : 05).

ـ اذن هناك تعدد الزوجات حتى الاربعة بشرط العدل ، كما أبيح الزواج من (اليهودية والمسيحية) للرجال المسلمين ، ومنع على النساء المسلمات الزواج من الرجل اليهودي والمسيحي (1).

(1) هذا المنع للنساء موجود في الديانة اليهودية والمسيحية .

ـ د : محمد شكري سرور ـ مرجع سابق ـص : 78 .

ـ قدري باشا ـ كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ـ منشورات المحامون بدمشق .

ـ د : سعاد الشرقاوي ـ نسبية الحريات ـ واعلان حقوق الانسان ـ دار النهضة ـص : 140 .

ـ الكتاب المقدس (العهد القديم والجديد) جمعيات الكتاب المقدس في الشرق الادنى .

ثالثا : الشهادة :

= واستشهدوا شاهدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ..= (البقرة : 282).

- وهكذا نجد هاهنا اللامساواة في الشهادة بين الرجل والمرأة .

رابعا : الارث :

= ... وان كانوا رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين= (النساء : 10 و 176) .

- فللرجل ضعف المرأة بصريح العبارة .(1)

خامسا : العورة :

يقول الفقهاء : ان جسم المرأة كله عورة (محرم ظهوره) ماعدا الوجه والكفين ، بينما عورة الرجل : من السرة الى ما فوق الركبة ، مستشهدين بالآيات التالية :

---

(1) انظر في هذا كله :
- محمد يوسف موسى - احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي - القاهرة : 1953م .
- القوانين الفقهية لابن جزي - طبعة تونس .
- عبد العزيز عامر - الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء - القاهرة دار الكتاب العربي - 1961م .
- محمد زكريا البرديسي - الاحكام الاسلامية في الاحوال الشخصية - ط2 - القاهرة - دار النهضة العربية - 1967م .
- احمد ابو زهرة - الاحوال الشخصية - ط2 - القاهرة دار الفكر : 1967م .
- محمد عبد الله - احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية - ط 2 - دار المعارف - 1961م .

= .. وليضربن بخمرهن على جيوبهن ..= (النور: 30).

= .. يدنين عليهن من جلابيبهن .. = (الاحزاب: 59).

وهكذا: من خلال هذه الامثلة ، نرى أن الشريعة الاسلامية لا تساوي بين كل من الرجل والمرأة (الذكر والانثى) على تفصيل يستحسن الرجوع اليه في المراجع المثبتة.

فهل ساوت بين الزوج وزوجه..؟

المزوجين في الشريعة الاسلامية.

نتطرق الى النقاط التالية لنصل من خلالها الى التأديب:

- السلطة...
- الطلاق...
- الارث...
- الطاعة الزوجية...
- التأديب...

أولا: السلطة:

تقول الآية القرآنية (1): = الرجال قوامون على النساء = (النساء: 34).

(1) بدران ابو العينين بدران - الزواج والطلاق في الاسلام - القاهرة 1958.

وتقول الآية الثانية : = نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم = (البقرة : 213).

ومن هاتين الآيتين وغيرهما استنتج الفقهاء على أن الرجل هو : رأس الأسرة ، وبيده السلطة التأديبية . (1)

ثانيا : الطلاق :

تنص الآية : = .. وإذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن = (الطلاق : 01).

وتنص ثانية : = وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين = (البقرة : 219 و 231).

ويقول الفقهاء : ان جميع آيات الطلاق موجهة للرجال وعليه كانت عصمة الطلاق بيد الرجل لا المرأة .(2)

ثالثا : الارث :

تنص الآية القرآنية : = ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد ، فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ، ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن = (النساء : 11).(3)

---

(1) علي عبد الواحد — بيت الطاعة وتعدد الزوجات والطلاق في الاسلام — مؤسسة المطبوعات الحديثة — القاهرة — 1960م .

(2) أحمد الغندور — الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون — بحث مقارن — القاهرة — دار المعارف — ط 1 — 1967م .

(3) عبد العظيم جودة فياض الصوني — نظام المواريث في الشريعة الاسلامية — على المذاهب الاربعة — ط 2 — دار الكتاب — القاهرة — 1955م .

وهذه الآية صريحة بأن : الزوج يرث نصف مال زوجه اذا لم يكن لها ولد ، وفي (هذه الحالة) ترث المرأة عن زوجها الربع . فاذا كان لها ولد أخذ الربع ، في حين (في هذه الحالة) تأخذ الثمن عن زوجها . فلا مساواة اذن في الارث.

رابعا : الطاعة الزوجية :

المقصود بالطاعة الزوجية هو : اطاعة الزوجة لزوجها فيما فرض الله عليها من طاعته .

وعدم الطاعة الزوجية يشكل وضعا هو ما يسمى (النشوز) .

والنشوز :

هو الترفع عن طاعة الزوج ، أي عصيان الزوجة لزوجها فيما أمرها الله أن تطيعه فيه ، وهو كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر .

وقد استند الفقهاء في (وجوبها) الى نصوص كثيرة منها :

1) = الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم ، فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ، واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن ، واهجروهن في المضاجع ، واضربوهن ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، ان الله كان عليا كبيرا = (النساء : 34).

2) ... فاتقوا الله في النساء، فانهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف=.(حديث نبوي).

وعليه :

فان عدم القيام بالواجب الشرعي يعود في الى نشوء (حق التأديب) للزوج على زوجه .

خامسا : التأديب :

يقوم التأديب اذن بقيام حالة (النشوز) لا غير .

وقد حددت الشريعة : — وسيلة التأديب...

— والغاية من التأديب...

— أما وسيلة التأديب: فهي :

1) الوعظ بالكلام بالحسنى .

2) الهجر في المضجع، لاربعة أشهر كحد أقصى .

3) الضرب غير المبرح، أي غير الشديد الذي لا يترك أثرا، والا كان مسؤولا . وفي ذلكم تفصيل : (1)

(1) د: السعيد مصطفى السعيد : مدى استعمال الحقوق الزوجية وما تتقيد به في الشريعة الاسلامية والقانون المصري الحديث —(رسالة) القاهرة 1939م .

- فمن رأي الامامين (مالك وأبي حنيفة) أن الضرب لا يكون لأول معصية، بل لتكرار المعصية والاصرار عليها، على شرط أن يكون قد وعظها أو هجرها قبل ذلك.

- أما رأي (الشافعي واحمد) هو جواز الضرب عند المعصية الأولى، ولو لم يسبق ذلك وعظ.

- ويرى الامام (أحمد بن حنبل) أن الزوج لا يسأل عن سبب الضرب.

- ويشترط في ضرب الزوجة (بالغة ما بلغت من العمر ألا يكون:

1) على الوجه، أو المواضع المخوفة: كالبطن.

2) مبرحا: أي شديدا، والضرب المسموح به هو: الذي يؤلم ولا يدمي أو يكسر، الذي لا يترك أثرا.

- وأجازوا الضرب: باليد، والسوط، والعصا.

أما الهجر في المضجع فقد حدده الفقهاء بأربعة أشهر.(1)

---

(1) ابراهيم البرزنجي: حقوق المراة في الاسلام — مجلة المحاماة الشرعية — سنة (11) عدد: (1) 1940 — ص: 10.
— عبد الوهاب حومد — مرجع سابق — ص: - 522.
— ثروت انيس الاسيوطي — بين الاقتصاد والدين — ج: 1 و 2 — القاهرة 1967.
— فتحي الدريني — التعسف... ص: 254.
— محمود محمود مصطفى — مرجع سابق — ص: 173.
— رؤوف عبيد — مرجع سابق — ص: 507.
— محمود نجيب حسني — مرجع سابق — ص: 185.
— عثمان سعيد عثمان — مرجع سابق — ص: 278.

أما المقاصد التأديب :

هو تهذيب الزوجة ، وحملها على الطاعة بإصلاح نشوزها .

فاذا ابتغى بفعله غير ذلك ، أصبح فعله تعسفيا غير مشروع ، لانحرافه بهذا الحق عن الغاية التي شرع من أجلها ، وذلك كأن :

- يريد الانتقام أو التعبير عن كراهيته .
- أو يريد به حملها على معصية .
- أو اكراهها على انفاق مالها في وجه لا تراه صالحا لها .

ولو استعمل التأديب (في هذه الحالات) وفي الحدود الموضوعية المرسومة له ، لأنه لم يعد هنا (تأديبا) بل أصبح (تعديا) .

- واذا تحقق الزوج أو ظن عدم افادة الضرب أو شك في عدم جدواه ، فلا يضربها ، لأنه وسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتيب اصلاح حالها .

- كذلك : اذا غلب على ظنه أن الزوجة لا تترك النشوز الا بضرب شديد أو شائن ، فليس له أن يؤدبها به .

اذ : = كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده ، باطل =

كما يقول الامام (العز بن عبد السلام).

ـ كما لا يجوز التأديب بالأغلظ اذا حصل بالأخف .

فالوعظ أولا ، ثم الهجر ، ثم الضرب ، وعند التجاوز يسأل

الزوج .[1]

وهكذا : نرى أن الشريعة الاسلامية (شأنها مع

الرجل والمرأة) لا تساوي كذلك بين الزوج

وزوجه .

ـ فما ذا عند القوانين العربية ..؟

المطلب الثاني

التأديب في القانون العربي .

ان قوانين (الأحوال الشخصية)[1] في الدول العربية

وهي مستمدة من (الشريعة الاسلامية) تقر عدم اللامساواة

(بين الرجل والمرأة والزوج والزوجة) وخاصة بالنسبة الى :

(الشهادة ـ الارث ـ وتعدد الزوجات)[2] ، وان بعضها

وضع شروطا لهذا التعدد ، الا أنه عمليا ومن حيث المبدأ

باق .

(1) صليب سوريال : الاحوال الشخصية ـ الجيزة ـ دار سالاحد سج 4، 1942 .

ـ محمد سلوم عبد العالي : المجموعة الشاملة في قوانين الاحوال الشخصية ـ مكتبة القاهرة الحديثة ـ القاهرة : 1965م ـ ص: 459 .

(2) تونس الدولة الوحيدة التي الغت تعدد الزوجات .(مجلة المرأة).

ـ أما مسألة (العورة) فلم تنص عليها ، معتبرة اياها مسألة (تتبع : التقوى ، لا الفتوى) .

ـ ومثلها مسألة (التفضيل) لم ينص عليها ، ولكنها عملها باقية ما بقيت (اللامساواة) في الشهادة والارث وتعدد الزوجات ، فاللامساواة في حد ذاتها تعني : التفضيل ، هذا عدا تدعيمها شعبيا وفقهيا بأقوال مثل : (النساء : ناقصات عقل ، ناقصات دين) مستندين في ذلك الى (شهادة الامرأتين ، والحيض والنفاس).[1]

أما قوانين العقوبات العربية :

ـ فبعضها قد نص على (تأديب الزوجة) كقانون العقوبات العراقي ، معتبرا هذا التأديب (استعمالا لحق مبرر) وأن لا جريمة عليه في الحدود المقررة شرعا أو قانونا أو عرفا .[2]

ـ وبعضها لم ينص عليه (تأديب الزوجة) بل نص على حالة من : فوجيء بمشاهدة زوجته في حالة تلبس بالزنا ، وهنا يعاقب بالعقوبة المقررة .

---

(1) قانون الاحوال الشخصية العراقي وتعديلاته ـ وزارة العدل 1959 .

(1) قانون الاحوال الشخصية السوري ـ 1953م .

ـ المجموعة الشاملة في قوانين الاحوال الشخصية ـ محمد حلوي عبد العالي . القاهرة : 1965 .

(2) المادة : 41 فقرة : 2 ع عراقي .

كما هو الحال في قانون العقوبات : الكويتي (م : 153) والليبي (م : 375) والتونسي (فصل : 207) والمغربي (م : 418).

- أما قانون العقوبات السوري ، فلم ينص على تأديب الزوجة ، تاركا حكمه للقواعد العامة.[1]

(وقد جاء في حكم لمحكمة النقض السورية : أن الضرب وحده لا يكفي للتفريق ما لم يبلغ درجة استحالة دوام العشرة الزوجية معه).[2]

- كذلك قانون العقوبات المصري ، لم ينص على التأديب مما جعل القضاء يتردد في شأن هذا الحق ، (فبعض الأحكام أنكرته : محتجة بعدم نص القانون عليه . وبعضها أطلقته من كل قيد . وقد استقر القضاء المصري حاليا على الاعتراف به بحدود القيود التي تقررها قواعد الشريعة الاسلامية ، ومؤدى ذلك : أنه اذا لم يكن فعل الزوج في هذه الحدود ، كأن ترتب عليه أثر في جسم الزوجة ولو سحجات بسيطة أو كان لغير التهذيب ، فالزوج مسؤول عنه جنائيا)كما جاء في حكم.[3]

---

(1) د : محمد الفاضل - مرجع سابق - ص : 355 .
- د : عبد الوهاب حومد - مرجع سابق - ص : 522 .

(2) مجلة المحامون السورية - 1960م - عدد : 7 و 8 - ص : 271 رقم : 349 .

(3) د : محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص : 183 .
- د : فتحي الدريني - التعسف... ص : 256 .

المطلب الثالث

التأديب في القانون الجزائري .

نبحث هنا وضع (المرأة بصورة عامة) ثم كونها (زوجة) ثم (حق التأديب) .

أولا : المرأة في القانون الجزائري .

1) المرأة في الميثاق :

نرى أن الميثاق الوطني الجزائري ، قد قدر المرأة الجزائرية التي :

= برهنت خلال حرب التحرير الوطني على استعدادها للتضحية والكفاح بشجاعة وتفان من أجل الاستقلال الوطني وتشييد مجتمع جديد ، وقد دفعت ثمنا غاليا من أجل أن تكون في بلاد استكملت تحررها ، مواطنة ، بأتم معنى الكلمة .=(1)

======

(1) الميثاق الوطني عام : 1976م ص: 73 .

موجبا : = على الثورة الجزائرية أن تستجيب لتطلعات كل النساء في البلاد وذلك بتوفير الشروط الضرورية لترقيتهن .. = .(1)

مؤكدا على أن الثورة ستظل := دون أمدا فيما ان هي لم تصمم على أن تدمج في مسيرتها الملايين من النساء الجزائريات اللاتي يشكلن طاقة هائلة للتحول في المجتمع .=.

ملقيا على عاتق : = الاتحاد الوطني للنساء الجزائريات أن يسعى بالاتصال مع جميع المنظمات الجماهيرية الأخرى لجمع شمل كل النساء... ومن الضروري أن يبذل جهد خاص تجاه المرأة الريفية ليجعلها عنصرا واعيا لانجاح الثورة الزراعية... وأن يكيف عمله حسب المشاكل الخاصة التي يطرحها اد ماج المرأة في الحياة العصرية.. وتوسيع مجال مساهمتها الفعلية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للبلاد ...= (2)

2) المرأة في الدستور:

— تنص المادة : 42) بأن := يضمن الدستور كل الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمرأة الجزائرية=.

(1) الميثاق ص : 73 .
(2) الميثاق ص : 74.

ـ كما تنص المادة : 81) : = على المرأة أن تشارك كاملا في المشاركة في التشييد الاشتراكي والتنمية الوطنية =.

ـ وتنص المادة : 39ف 2 : = كل المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات =.

ـ والمادة : 48) : = تضمن الدولة حصانة الفرد =.

ـ والمادة : 49) : = لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة ولا شرفه والقانون يصونهما =.

ـ والمادة : 66) = لكل مواطن الحق في التعلم =.

ـ والمادة : 67) = لكل المواطنين الحق في الرعاية الصحية =.

والمرأة في كل هذا (فرد ومواطن).

3) المرأة في القانون المدني والتجاري :

ـ تنص المادة : 25م) على أنه : = تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهي بموته.

على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا =.
(والجنين هنا : ذكر وأنثى).

ـ وتنص المادة : 40م) : = كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية (ومنها الاعمال التجارية (م : 8 ق تجاري).
وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة . وهو واحد للرجل والمرأة.(1)

(1) عبد العزيز سعد ـ نظام الحالة المدنية في الجزائر ـ مطبعة البعث ـ قسنطينة 1980 .
ـ القانون المدني الجزائري 1976م .

ـ كما تنص المادة : 81) : = على المرأة أن تشارك كامل المشاركة في التشييد الاشتراكي والتنمية الوطنية =.

ـ وتنص المادة : 39ف 2 : = كل المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات =.

ـ والمادة : 48) : = تضمن الدولة حصانة الفرد =.

ـ والمادة : 49) : = لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة ولا شرفه والقانون يصونهما =.

ـ والمادة : 66) = لكل مواطن الحق في التعلم =.

ـ والمادة : 67) = لكل المواطنين الحق في الرعاية الصحية=.

والمرأة في كل هذا (فرد ومواطن).

3) المرأة في القانون المدني والتجاري :

ـ تنص المادة : 25م) على أنه : = تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهي بموته .

على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا =.

(والجنين هنا : ذكر وأنثى).

ـ وتنص المادة : 40م) : = كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية (ومنها الاعمال التجارية (م : 8 ق تجاري).

وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة . وهو واحد للرجل والمرأة.(1)

(1)عبد العزيز سعد ـ نظام الحالة المدنية في الجزائر ـ مطبعة البعث ـ قسنطينة 1980 .
ـ القانون المدني الجزائري 1976م .

3) في قانون العقوبات:

ساوى قانون العقوبات بين عقوبة (الرجل والمرأة) في جريمة الزنا، حيث نصت المادة: (339) المعدلة بالقانون رقم: 04 تاريخ: 13/ 2/ 1982، على ما يلي:

= يقضى بالحبس من سنة الى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا.

- وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

- ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة الى سنتين، وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته =. (1)

4) في القانون التجاري:

ساوى القانون التجاري الجزائري، رقم: 59) تاريخ: (26/ 9/ 1975) بين الرجل والمرأة المتزوجة) في مباشرة الأعمال التجارية دون قيد، وذلك ما نصت عليه المادة: 08) على أن: = تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها ويكون للعقود

---

(1) الجريدة الرسمية - عدد: 7 سنة: 19.

بحوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها كما هو الأمر بالنسبة للغير .

— وتلتزم أيضا المرأة المتزوجة في شأن تجارتها بالالتزامات المهنية للتجار من مسك الدفاتر والقيد في السجل التجاري وما الى ذلك من الالتزامات التي يفرضها القانون .

ويطبق عليها أيضا كافة أحكام القانون التجاري والقواعد التي تسري على التجار .(1)

5) في مدونة الأحوال الشخصية :

نتعرض هنا لأهم نقاط (اللامساواة) بين (الزوج والزوجة) ممثلة بما لآتي :

— سن الزواج ...
— الزواج بغير المسلم ...
— تعدد الزوجات ...
— الشهادة ...
— اختيار محل السكن ...
— الارث ...
— رئاسة العائلة ...(2)

---

(1) د : احمد محرز — القانون التجاري الجزائري — ج 1 — ط 2 — 1980 ص : 130 — جامعة قسنطينة — الجزائر .

(2) مدونة الاحوال الشخصية الجزائرية : هي مشروع لم يصادق عليه بعد .

آ ــ) سن الزواج :

حدد سن الزواج للبنت ببلوغها تمام السادسة عشرة والصبي بتمام الثمان عشرة سنة (المادة : 02).

ب ــ) الزواج بغير المسلم :

منع على المرأة الزواج بغير المسلم (المادة : 03) وأبيح للرجل الزواج بأجنبية (غير مسلمة) شرط الحصول على رخصة . (المادة : 16) .

ج ــ) تعدد الزوجات :

لا نص على عدد الجمع من الزوجات ، إلاّ أنه أبيح الزواج بثانية بشروط . (المادة : 15).

د ــ) الشهادة :

أشترط في اتمام عقد الزواج ، أن يتم بحضر (شاهدين عدلين) ، ومفهوم الشاهدين العدلين في الشريعة الاسلامية (حيث يوجد هذا الاصطلاح) رجلان أو : رجل وامرأتان . (المادة : 23).(1)

(1) انظر المادة : 07 من الاحكام الشرعية ــ قدري باشا .

هـ) اختيار محل السكن :

اعتبر اختيار محل السكن (أو : اقامة العائلة ، حق من حقوق الزوج ، والزوجة ملزمة بالسكنى معه .
(المادة : 41) من المدونة .

و) الارث :

اعتبر ارث الزوجة (نصف) ارث الزوج (م : 284).
وارث الأولاد الذكور : (ضعف) الانثى . (م : 336).

ز) رئاسة العائلة :

تنص المادة : (40) من المدونة على ما يلي :

= الزوج هو (رئيس العائلة) يقوم على الزوجة والاولاد في صالحهم تشارك الزوجة زوجها في تدبير شؤون العائلة ماديا ومعنويا وتربية الأولاد واعدادهم . تنوب الزوجة عن زوجها في رئاسة العائلة اذا تعذر عليه أن يبدي ارادته لعجزه أو غيبته أو بعده أو لأي سبب آخر.[1]

فهل هذه الرئاسة للعائلة ، والقوام عليها ، تعني السلطة والتأديب...؟

---

(1) عرضت هذه (اللامساواة) في النقاط السابقة ،على مجموعة من طالبات جامعة (دمشق والجزائر) سنة ثالثة (حقوق ـ آداب ـ فلسفة) ست طالبات من كل فرع ، فكان رفضهن لها بالاجماع ، فالطالبات عاملات على المساواة التامة بين الرجل والمرأة بين الذكر والانثى ، رفضات التعددية في الزواج . هكذا قلن (انه الانفجار) .

ثالثا : التأديب في القانون الجزائري .

هل هناك حق تأديب للزوج على زوجه في هذا القانون ؟

لنرى :

أولا : لا نص في قانون العقوبات على هذا الحق .

ثانيا : ليس أمامنا إلا نص المادة : (40) من مدونة الأحوال الشخصية ولم تصدر بعد .

ثالثا : (الرئاسة) الواردة في نص المادة (40) تعتبر رئاسة شرفية ، لا تمكنه من ممارسة (تأديب الزوجة بالضرب) وهذا ما هو عليه الحال في القانون المدني الفرنسي (13 / 7 / 1965م) حول نظام الأسرة ، حيث اعترف للزوج برئاسة العائلة ولكن لم يمنحه حق التأديب لزوجته (1) . حيث ألغيت الطاعة الزوجية في قوانين (1938 — 1942) كما أن قانون (حزيران 1970م قد جعل سلطة الوالدين بديلا عن سلطة الأب بالنسبة للأولاد ولم ينص على حق الطاعة الزوجية .

رابعا : لا نجد نصا يشبه نص المادة (100) من نفس المدونة التي تخول الأب سلطة على أولاده ، تلك السلطة التي تبيح للوالدين تأديب أولادهما ولو أصابهم أذى خفيفا أباحته المادة : (269) عقوبات جزائري .

خامسا : أما عبارة (يقوم على الزوجة ..) فهذا يعني الاهتمام والاعتناء بها بتأدية واجباته نحوها من مادية ومعنوية ، كما هو الاتفاق في الشريعة الاسلامية .

وعليه : فنستطيع القول : لا حق تأديب للزوج تجاه زوجه في القانون الجزائري ، وإذا ما ارتكب فعل الضرب فإن فعله لا يخضع للتبرير أو الاباحة ولا يدخل ضمن المادة : 39 عقوبات ، بل يخضع لأحكام القواعد العامة في هذا القانون .

حسب جسامة الفعل ونية الفاعل .

(1) د : محمد شكري سرور ، مرجع سابق ، ص : 281 .
د : صبحي المحمصاني ، أركان حقوق الانسان ، ص : 289 .

المبحث الثاني

تأديب الأولاد .

- حقوق الأولاد ...
- حق التأديب..

تمهيد :

ان الفلاسفة منذ القدم (400 ق.م) قد نبهوا الى حاجات (الطفل) وميوله، وبينوا أن : "الأطفال يختلفون في قدراتهم وميولهم".(1)

هذا الجهد الفلسفي أفاد في توجيه دراسات علم النفس المتطور (من علم النفس الذاتي، الى علم النفس السلوكي، الى علم النفس الديناميكي) ، "وابحاث علم النفس أفادت بدورها في تحقيق (دراسات علم القانون".(2)

ذلك أن الطريق التي مر بها الانسان من الأشكال الدنيا، الى الأشكال العليا انما يعود الى الثقافة...

---

(1) هذا ما كتبه (افلاطون) في جمهوريته -انظر: زكي الارسوزي في الجمهورية المثلى) والفارابي في : المدينة الفاضلة .

(2) د : ثروت انيس الاسيوطي -النظرية العامة للالتزام في ضوء الميثاق الوطني الجزائري -وهران- 1977 -ص : 300.

= ذلك المركب الكلي الذي يتضمن : المعرفة والعقيدة والفن والآداب والقانون والعرف والتقاليد وأية قدرات أخرى يكتسبها الانسان كعضو في المجتمع =.[1]

فازداد الاهتمام (بالتربية) والطريقة الأنسب لصلحة الطفل ، وتطويرها لايجاد القاعدة الأفضل .

ذلكم : أن المصالح تولد القواعد ، والقواعد تجمع في أفكار ، والافكار يجب دواما أن تلين وتعاد صياغتها لمجابهة الحالات المتطورة ، والا حكمنا من قبل الأموات[2] =

= فوضع الشرائع انما هو لمصالح العباد = كما يقول : فقهاء الشريعة الاسلامية .[3]

— والتربية قواعد اشتقت من مصالح ، وجمعت في أفكار عبر التاريخ .

— ما هي تلك المصالح في مجال التربية ..

— كيف أريد لهذه التربية أن تكون ..

— متى بدأت وكيف تطورت ..

— ما هي الأيديولوجيات في التربية .. ما هدفها ..

ما نوعها .. ما طريقتها ..

— ما هي حقوق الطفل .. ما حقنا عليه ..

— من أين جاء حق التأديب ..

ـ ما التربية في الجزائر .. وما التأديب فيها ..؟

(1) وايلد زـ لوتش : اصول التربية الحديثة (3) اجزاء ـ ج1 : ص : 3 .
(2) د : ثروت انيس الاسيوطي ـ مرجع سابق ـ ص : 309 م
(3) د : فتحي الدريني ـ الحق ـ ص : 220 (وموقول : الامدي).

من الصعوبة بمكان الاجابة مطولا على كل هذه التساؤلات ، ولكن (ما لا يؤخذ كله لا يترك كله) اذ لا بد من كلمات ، بسيطة شديدة الايجاز في هذا التمهيد :

1) ان التربية قديمة قدم الحياة ذاتها ، حتى عند حيوانات عصر ما قبل التاريخ ، وقد اتخذت لنفسها مكانا قبل أن يفكر فيها أي انسان بزمن طويل ، كما فكر الناس في التربية زمنا طويلا قبل أن يكتبوا فيها .

2) في معظم المجتمعات البدائية لم يحظ الطفل بأية رعاية أو اهتمام ، وكان عليهم أن يخضعوا لرغبات الكبار وارادتهم .

3) وقد بدأ الاهتمام بحاجات الطفل وميوله في عهد (اليونان والرومان) في حوالي سنة (400 ق.م) كتب (أفلاطون) أن = الاطفال يختلفون في قدراتهم وميولهم = فكان ذلك بداية الاهتمام بالفروق الفردية ، فتنوعت مناهج التربية .

4) أما في العصور الوسطى : فقد عومل الصغار وكأنهم كبار وظهر هذا في سلوكهم واتجاهاتهم وحتى في ملابسهم .

5) ويأتي عصر النهضة : فيرد الاعتبار الى الطفولة ، حينما كتب الفلاسفة وعلماء النفس والمربون عن الطفولة ومدارس الاطفال .(كومينوس — روسو — بستلوتسي — فروبل) .(1)

(1) د : منية علي خليل — الارشاد النفسي — مكتبة الانجلو — القاهرة 1963 .
— ادوارد أوليس : المدرسة والمجتمع — تعريب احمد زكي محمد — ج 1 — ص 2 .
— موريس جينزبرج : نفسية المجتمع — تعريب عبد العزيز عبد الحق .
— د : سبوك : مشاكل الاباء في تربية الابناء — ترجمة منير عامر — بيروت 1980 .

6) ومنذ منتصف القرن (التاسع عشر) بدأ الاهتمام بالشباب على حساب الاهتمام بالطفولة . ثم عاد الاهتمام بالطفل بعيد الحرب العالمية الأولى وما زال الى يومنا هذا بازدياد .

7) أما عن تطور (سلطة الرقابة) فقد مرت بثلاث مراحل :

1) سلطة الاسرة .
2) سلطة رجال الدين . .
3) سلطة الدولة .

8) كما مرت التربية من حيث هدفها بنفس تلك المراحل :

1) مرحلة التماسك الاسري والقبلي .
2) مرحلة التماسك القومي والديني .
3) مرحلة التربية من أجل المطابقة مع الطبيعة الانسانية .

9) أما عن نوع تلك التربية ، فقد مرت بثلاث مراحل :

1) التربية اللادينية .
2) التربية الدينية .
3) التربية العلمانية . وهي متداخلة الى يومنا هذا .

10) وبخصوص (طرق التربية) فقد بأربع مراحل :

1) مرحلة اللاقسوة . 2) مرحلة القسوة الشديدة .
3) مرحلة القسوة الخفيفة . 4) مرحلة التوجيه والتهذيب .

— ومن طرق التربية هذه جاء (حق التأديب) ، للسلطة المخولة (بالرقابة) على نوع التربية .

وهذا هو بيت القصيد ، .(1)

(1) لسنج : تربية الجنس البشري — ترجمة — د : حسن حنفي — بيروت 1981 .
— [illegible] — لوتش — مرجع سابق — ص : 1 — 99 .
— د : [illegible] : دراسات في التربية المقارنة — القاهرة — 1974 .

11) أما عن التربية في الجزائر : فالجزائر جزء من الإنسانية ولا شك أنها مرت بنفس المراحل التي مرت بها الانسانية من حيث : (وسائل انتاجها) و (نظمها الاجتماعية)و(شرائعها القانونية) ،[1] ولا أظن أنها خالفت ناموس الانسانية من حيث (تطور التربية) فيها ، فالبشرية سواء في مراحل تطور التربية عبر تاريخها الطويل رغم اختلاف المكان .

أما اليوم فهي تأخذ بأحدث النظريات ووسائل اعداد الطفل أو النشيء ، انسان الغد والعلم .

ـ فالدولة تراقب التربية وهي موحدة التعليم .[2]

ـ وهدفها ، نمو التغيير الجذري للمجتمع على أساس مبادئ الاشتراكية .[3]

ـ أما طريقتها فهي التهذيب بالترغيب والترهيب ومنع السب أو القهر .[4]

ـ وباعتبار الاسلام (دين الدولة) فهي تأخذ بالتربية الدينية .[5]

وهكذا تواكب الدول الحديثة في سيرها التربوي .

---

(1) د : ابو القاسم سعد الله ـ تاريخ الجزائر الثقافي ـ الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ـ الجزائر : 1981 ـ ص : 223 .

(2) انظر مادة (66) من الدستور .

(3) انظر المادة : 28 من الدستور .

(4) انظر مذكرة وزير التربية رقم : 73 م.و .د / 3 ب . تاريخ : 28/ 2/ 1968 منشور رقم : 288/ ب ا س/ 70 تاريخ : 9/ 3/ 1970 مديرية تربية عنابة .

(5) انظر المادة (02) من الدستور لعام 1976 . وصفحة : 80 من الميثاق .

ملاحظة : لقد ادمج التعليم (الاصلي والعام) في تعليم موحد عام : 77 ـ 1978 . انظر منشور مرجع رقم : 382 / 30 تاريخ : 17/ 10/ 1976 وجدول رقم : 03 ـ ص : 4 .

ـ د : تركي رابح : التعليم القومي والشخصية الوطنية ـ الجزائر 1975 ـ ص : 105 .

المطلب الأول

حقوق الأولاد .

ندرس هذه الحقوق في كل من :

- التشريع الدولي ..

- التشريع السوداني ..

أولا : حقوق الأولاد في التشريع الدولي :

رأينا :

- كيف كان الولد في المجتمعات البدائية تابعا لجماعات الالتقاط فلا اهتمام ولا رعاية ..

- وفي المجتمعات القديمة ملك أبيه ، يتصرف به بيعا وارثا وقتلا ، هذا عدا الأسر والاسترقاق ..

- وفي المجتمع العربي : وأد البنات والأسر والسبي والتبني والاسترقاق ..

- وساد الأمر حتى ظهور الاسلام الذي حث على ترك السبي وعتق الرق ..

- ولم يضع الرق في المجتمع الدولي الا في عام : 1924 في عصبة الامم المتحدة ثم من قبل : هيئة الامم المتحدة عام : 1948م .

ثم راحت الدول تهتم برعاية الأولاد وحقوقهم كما سنرى في النقاط التالية :

آ) في الاعلان العالمي لحقوق الانسان :

في العاشر من شهر ديسمبر (كانون أول) 1948م أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة = الاعلان العالمي لحقوق الانسان = وأعلنته ونثبت هنا بعض ما جاء فيه بخصوص موضوعنا :

- مادة : 01 = يولد جميع الناس أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق .
- مادة : 03 = لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه .
- مادة : 04 = لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص. .
- م 06 = لكل انسان أينما وجد الحق في أن يعترف بشخصيته القانونية .
- مادة : 25 = 2 ـ للامومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين . . .[1]

والولد : بالطبع واحد من الناس ، وشخص من الاشخاص وطفل من الاطفال .

ب) في حلقة الدراسات الاجتماعية للدول العربية :

نظمت الأمانة العامة لجامعة الدول العربية(21/ 3/ 1945) دورات للبحث والدراسة في كل ما يتعلق بالشؤون الاجتماعية والعربية بما في ذلك مشاكل (الطفولة والامومة) والاسرة ووسائل الحماية والدعم اللازمين لها .[2]

(1) حسني نصار : تشريعات حماية الطفولة ـ منشأة المعارف ـ 1973 ص: 58 .
د : سعاد شرقاوي ـ نسبية الحريات العامة . . مرجع سابق (ملحق) ص: 168 .
(الاعلان العالمي لحقوق الانسان) .
(2) سامي حكيم : ميثاق الجامعة والوحدة العربية ـ مكتبة الانجلو المصرية ـ القاهرة ـ 1966 ـ ط 1 ـ ص: 207 .

ج) في اعلان حقوق الطفل :

صدر اعلان (حقوق الطفل) من قبل هيئة الامم المتحدة في (20/ 11/ 1959) وأهم ما أقره : الحماية المناسبة، وبالفرص والتسهيلات القانونية وغيرها اللازمة لاتاحة نمو الطفل الجسمي والعقلي والخلقي والاجتماعي نموا طبيعيا سليما وحرا كريما (م 2، والى مبدأ المساواة بين الاطفال .. وحماية الطفل من جميع صور الاهمال والقسوة والاستغلال والاسترقاق .. وتغليب المصلحة العليا للطفل . (م : 09).[1]

د) في الميثاق الاجتماعي الأوربي :

انبثق هذا الميثاق عن (ميثاق حقوق الانسان الأوربي) الذي قرره المجلس الأوربي في نوفمبر : 1950 وأصبح نافذا اعتبارا من : 1962 وقد نص على حقوق الاطفال والنشئ في الحماية الخاصة من الأخطار المادية والادبية وحظر العمل ليلا قبل سن (15) سنة، كما أشار الى حقوق الأم العاملة وحق الطفل الوليد في الحماية وحق الاسرة في الوقاية الاجتماعية والصحية والاقتصادية .[2]

(1) حسني نصار ، مرجع سابق ، ص : 66 .
(2) حسني نصار ، مرجع سابق ، ص : 78 .

هـ) في ميثاق الوحدة الافريقية :

أكد ميثاق الوحدة الافريقية الصادر عام : 1963م عن التزام الدول الموقعة عليه بنصوص الاعلان العالمي لحقوق الانسان بما فيها النصوص الخاصة بحماية (الأمومة والطفولة).(1)

و) مشروع الاعلان العالمي للتنمية الاجتماعية :

انبثق هذا المشروع عن (لجنة التنمية الاجتماعية) التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي بهيئة الامم المتحدة في : 23/3/1967م مشيرا الى : حق الشعوب في التقدم الاجتماعي وحق كل انسان أو شعب في التنمية الاجتماعية .. ودعم الأسرة وحماية الاطفال وتربية النشء ...

ز) مؤسسة الأمم المتحدة للطفولة :

هذه المؤسسة تابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي في هيئة الأمم المتحدة ، ويطلق عليها الـ = يونيسيف = وقد بلغت المعونات التي خصصتها المؤسسة للبرامج المختلفة المتعلقة برعاية الطفولة لعام : 1967 ما يربو على (41) مليون دولار ، وتهتم هذه المؤسسة بالحماية القانونية للطفولة والنشء الى جانب المعونات

(1) د : صبحي المحمصاني – أركان حقوق الانسان ص: 51 .

المالية والفنية ومساعدات الاغاثة للدول المتخلفة في ميدان الطفولة، مثل :

- ميدان التعليم والتكوين المهني للاطفال والمربين .
- دعم الأسرة وحماية الطفولة .
- المساهمة بالخبرة والمال في المشروعات المتعلقة بالطفولة .

—

ثانيا : حقوق الأولاد في التشريع الوطني :

سنأتي هنا على ذكر أهم (حقوق الأولاد) ومدى اهتمام ورعاية الدولة لهم، في كل من :

- الميثاق الوطني ..
- الدستور ..
- القانون المدني والاحوال الشخصية ..
- القانون الجنائي ..

آ) في الميثاق :

اهتم الميثاق الوطني الجزائري وأكد على أهمية ورعاية الدولة للطفولة والشباب المراهقين .

لقد نص تحت (عنوان) : مساعدة الدولة وتدخلها لرعاية الأطفال والمراهقين) على ما يلي :

= ان النسبة العالية للنمو الديموغرافي في الجزائر تجعل نسبة الاطفال والشبان المراهقين ، الذين لم يبلغوا بعد سن العمل مرتفعة ، ان التكفل بتأمين المصاريف المترتبة على رعاية الأطفال والشبان وتربيتهم وازدهارهم الثقافي يشكل احدى أمهات القضايا التي تواجهها الأمة على الصعيد الاجتماعي .

ان تأمين مساهمة المجتمع في هذا الأمر قد تم الآن عن طريق نظام المنح العائلية .

ان التكفل المباشر من قبل الدولة بكل ما يتعلق بالتعليم الذي هو حق مكتسب للجميع وعلى جميع المستويات ، ومجانية العلاج والمكتب المدرسية وكذلك العون المقدم في مجال الطعام واللباس للعديد من الاطفال قد مكن بعد من تخفيف وطأة العبء الذي كان على عاتق الأسرة .

ومن جهة أخرى فان مطلب اتاحة فرصة الشغل لكل قادر على العمل في البلاد يطرح مشكلة (الاطفال والمراهقين) ..

ولهذا ستقدم الدولة على اصلاح اجتماعي عميق يتمثل في اعداد مساعدة ضخمة لفائدة الطفولة منذ الصغر الباكر وذلك بفضل ما ستنجزه في طول البلاد وعرضها تلبية لحاجات الأطفال والمراهقين من بيوت للحضانة ورياض للاطفال ومطاعم ودور للشباب ومكتبات ومجمعات رياضية ونواد ثقافية ..

ب) في الدستور :

تنحصر الحقوق الدستورية العامة للأولاد في فئات ثلاث :

1 ـ حقوق يشترك فيها كل الأفراد (تضمن الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن (م : 39 د) وان كان يتقرر للفرد منذ ولادته (كالجنسية ـ م : 43 د) أو خلال مرحلة [illegible] الطفولة (كالتعليم = لكل مواطن الحق في التعليم =(م : 66 د).

2 ـ حقوق غير مباشرة وهي التي أطلق عليها (حق الامومة) وتهدف الى حمايتها قبل واثناء وبعد الحمل ، وخلال مرحلتي الرضاعة والحضانة ، وهذه الحماية تنسحب على الطفل في ذات الوقت الذي تنسحب فيه على الأم ، باعتبار أن لكليهما مصلحة مشتركة تكمل احداهما الأخرى .

3 ـ حقوق في الحماية المباشرة للطفولة والشبيبة ، وهو ما يضع على عاتق الدولة واجب المراقبة والاشراف وضمان تمتع الولد بحقوقه ، وحماية شخصه في بدنه وعقله ونشأته ومستقبله (تحمي الدولة الامومة والطفولة والشبيبة ـ م : 65 د) . الخ ...(1)

---

(1) انظر الميثاق الوطني لعام : 1976 .
ـ والدستور لنفس العام .

ج) في القانون المدني والاحوال الشخصية :

هذه الحقوق مصالح تتعلق بشخص أو بحال الولد في علاقته بأسرته أو بغيره من الأفراد من (معنوية أو مادية) وهي ثلاث فئات :

1 — حقوق تتعلق بشخص الطفل في ذاته وكينونته مثل : (اثبات ميلاده : م: 25 و 26م . ج) واسمه ولقبه : م: 28م . ج ونسبه : م: 87 — 92 مدونة . . . و أهليته : م: 40م . ج . وجنسيته : م: 30م . ج . (1)

2 — حقوق تتعلق بالصحة الشخصية في علاقاته بأسرته وهي التي تنظمها قواعد الولاية على النفس ، مثل : الحضانة (م : 73 — 82 مدونة . .) والرضاعة والنفقة (م : 103 مدونة . .) والتربية (100 مدونة . . م : 79 د ستور) وتتم تحت اشراف ومسئولية الولي الشرعي وعلى نفقاته وهي حقوق مقررة لمصالح الأولاد .

= وفقهاء الشريعة الاسلامية اعتادوا أن ينظروا الى الولاية على النفس من زاويتها الشكلية أو الاجرائية ، وتأثروا بخصائصها من : سلطة ومسئولية ونيابة قانونية واستبعدوا موضوع الولاية وأهم خصيصة فيها وهي :

(1) انظر المواد : 29 و 30 و 38 و 44 مد ني مصري .

(الرعاية) فهم يعرفون الولاية بأنها (تنفيذ القول على الغير جبرا عنه) ومن هنا جاء التشديد على سلطة التأديب أو (حق التأديب).(1)

3 - حقوق تتعلق بالمصلحة المادية للولد ، سواء في علاقته بأسرته (وتنظمها قواعد الولاية على المال م: 135 مدونة..) أو في علاقته بغيره من الافراد (وتنظمها القواعد المدنية أو التجارية) بالاضافة الى تلك القواعد (م: 43 و 44 مدني م: 05 تجاري).

د) في القانون الجنائي :

= الطفل الصبي الولد القاصر النشيء ، والحدث = هو باختصار (انسان في طور النمو ، وهو بالنسبة لأسرته ومجتمعه مواطن المستقبل ..= ولذلك يحرص المشرع على هذه اللبنة المستقبلية للمواطن ، وتعرف الحداثة بأنها: = المرحلة التي تتميز بمجموع الظواهر الحيوية الجثمانية والعضوية والنفسية ، التي ينتقل بها الشخص الانسان من دور التكوين والنمو الجسمي والنفسي الخاصين بالبالغ =(2)

---

(1) حسني نصار - مرجع سابق ص: 87 و 335 و 375.

(2) د. رمسيس بهنام - علم الاجرام - ج 1.
- السيد يس: مرجع سابق - ص: 259. ابو اليزيد المتيت - ص: 69.
- انظر المادة: 66 عراقي (الحدث الصبي الفتى).

ويحيط القانون الجنائي الحدث بالحماية بصورة سلبية لكي يمنعه من عواقب الانحراف ويسلك به الطريق السوي للغاية التي ينشدها كل مواطن في حياته ، وذلك سواء حين يقسم منه عمل جنائي أو يقع عليه ، أي أكان جانيا ، أو مجنيا عليه ، معتديا أو معتدى عليه .

والفلسفة التي تقوم عليها هذه الحماية ، متعددة الجوانب يتعلق :

- جانب منها (بالحداثة) وجهله بالحياة وضعف ادراكه للمسئولية .

- وجانب (جدوى العقاب الجنائي) وأثره الضار على نفسية الحدث ، واحتمال تعميق جذور الاجرام في صدره .

- وجانب يتعلق (بالمسئولية) وتحديد المسؤول الحقيقي عن انحراف الحدث : هل هو أبوه أم أسرته أم المجتمع ؟ وذلك على افتراض أساسي أن كل انحراف للنشيء لا يرجع بالضرورة الى عوامل داخلية نفسية أو عضوية .. وانما الى عوامل خارجية تحيط بالولد والذي يعتبر في الواقع أكثر تعرضا لها وأشد تأثرا بها من غيره من الأفراد الكبار .

- وجانب (بنظرة المجتمع) للولد كذخيرة يعدها للمستقبل ويعمل للمحافظة عليها .

ـ وجانب بالحد الأدنى من التسامح) الذي يجب أن يتعامل بعد ذلك في تحقيق الأثر المطلوب من السلوك التربوي وتصحيح الاتجاه الخاطىء الذي اندفع اليه ، وتطهير أو تغيير العقد المكبوتة في صدره .. الخ .(1)

ولهذا فان القانون الجنائي يحدد مع علم النفس والاجرام :

ـ مراحل الانحراف ...

ـ ومراحل الأهلية الجنائية .

آ ـ) مراحل الانحراف :

ان التقسيم المرحلي لانحراف الأولاد هو تقسيم يعتمد على الظواهر الغالبة والاحصاءات المقارنة ، فهو مجرد تحديد نظري أو علمي للاستعداد الاجرامي عند الولد في مراحل عمره المختلفة وهي :

1) مرحلة الطفولة :

من وقت الولادة حتى سن المراهقة ، وهي المرحلة التي تسبق (المراهقة) أو البلوغ الجنسي : (من : 13 ـ 14 للاناث ، ومن : 15 ـ 17 للذكور) وتتميز هذه المرحلة باحتدام الصراع بين المشاعر الذاتية العاطفية والذهنية على السواء ، وما يكتنفها من الانانية وحب

(1) حسني نصار ـ مرجع سابق ـ ص : 174 .
ـ د. سيمون ـ مرجع سابق ـ ص : 293 .
ـ د . رمسية علي خليل ـ مرجع سابق (الارشاد النفسي) ص : 53 و 70 .

وحب الذات والرغبة في التملك والسيطرة ، وبين ضعفه أو عجزه عن تحقيق مايصبو اليه من خلال هذه المشاعر بحق أو بغير حق .

ويغلب الشعور عنده بأنه مغلوب على أمره ، وأنه مسوق الى الطاعة المفروضة عليه ، فما لم يتحقق نوع من المواءمة بين مشاعره الخاصة وبين مصلحته في التزام السلوك التربوي عن اقتناع وتفهم ، فانه يختزن في صدره هذا الاحساس بالعجز الى أن ينتقل الى المرحلة التالية :

2) مرحلة المراهقة :

________ التي تبدأ من سن (13) أو (14) عند الاناث ، ومن (15) أو (17) عند الذكور ، وتدوم حتى (25) الخامسة والعشرين ، وتتميز هذه المرحلة بتفجير للعواطف المكبوتة وميل الى التمرد على القيود الأسرية أو الاجتماعية والانحياز الى جيله ضد الأجيال السابقة ، ومحاولة اثبات الذات والتفرد بشخصه والتمسك بارادته ، ولو اكتنف ذلك الظهور بمظهر العناد وصلابة الرأي والاعتزاز به حتى وصوله مرحلة الاكتمال التكويني .

3) مرحلة اكتمال التكوين :

________ حيث يكتمل التكوين العضوي (1)

---

(1) انظر المواد : 66ع عراقي . 227ع تونسي . 138و 139و 484ع مغربي .

والنفسي للشباب وامتلاك القدرة الارادية وعلى التحكم في سلوكه وتصرفاته وفقا للمفاهيم السائدة في مجتمعه والاستقلال الكامل بشخصه ومسئوليته عن نفسه وعن حياته ومعاشه وعلاقاته مع أقرانه أو مع أسرته ، بحيث يتحدد في هذه المرحلة موقفه من الانتماء أو عدم الانتماء لمجتمعه ، كما يتحدد في نفس الوقت طريقة في الحياة واسلوبه في كسب عيشه ، كما تزول المؤثرات المعنوية أو الانفعالية المدمرة ، ويصبح للارادة والقصد الجنائي الدور الأول في الاتجاه الاجرامي .وهنا نصل الى :

ب —) مراحل الأهلية الجنائية :

هذه المراحل التي حددها القانون الجنائي ، وحدد معها العقوبات اللازم تطبيقها ، هو تحديد حكمي بغض النظر عما يتوافر أو لا يتوافر من تطابق المسئولية الجنائية مع التكوين العضوي أو الاجتماعي للحدث .

وقد حدد القانون الجنائي الجزائري المسئولية الكاملة أو السن الجنائي بتمام (الثامنة عشرة : 18) بينما قوانين أخرى زادت عليها أو أنقصت منها .[1]

---

(1) م : 66ع عراقي . 227ع تونسي . 484ع مغربي .

أما قبل بلوغ العمر الجنائي ، فتعتبر (محدد ومة أو ناقصة على النحو التالي :

---

1) يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام (الثامنة عشرة)م: 442 (اجراءات جزائري).

2) = ويكون خضوع القاصر الذي يبلغ سنه من (الثالثة عشرة) الى (الثامنة عشرة) لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة (م : 49 ف 2 — ع جزائري ، وانظر المادة . 50 منه .

3) = لا توقع على القاصر الذي لم يكمل (الثالثة عشرة) الا تدابير الحماية أو التربية . (م : 49 ف 1 ع جزائري).

4) = لا يجوز بأي حال أن يحكم على الحدث الذي لم يبلغ (الثالثة عشرة) من عمره بعقوبة مقيدة للحرية أو بغرامة (م : 442 ف 2 — اجراءات جزائري).

5) = وتكون العبرة في تحديد سن الرشد الجزائي بسن المجرم يوم ارتكاب الجريمة (م : 443 — اجراءات جزائري) انظر المادة : 444 — اجراءات جزائري).

كذلك :

———— حمى القانون الجزائي الطفولة والأحداث في عدة موضوعات ومواد منها (1) :

---

(1) انظر المؤتمر الدولي الثامن والثلاثون للتربية : مجلة التربية — وزارة التربية والتعليم الاساسي — الجزائر — يناير — فبراير : 1982 — عدد : أول سنة أولى — ص : 101 .

— في خطف القصر وعدم تسليمهم (م : 326 — 329ع ج) .

— في ترك الأطفال وتعريضهم للخطر (م : 314 — 320ع.ج) .

— الجنايات والجنح التي من شأنها الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل (م : 321ع . ج) .

— انتهاك الآداب (م : 334 — 333ع . ج) .

— تحريض القصر على الفسق والدعارة (م : 342ع . ج) .

— خيانة الأمانة (م : 380ع . ج) .

— أعمال العنف العمدية (م : 269 — 272ع . ج) .

— حماية القصر من الكحول (1)

— وهذا كله منظور إليه من باب (المصلحة) مصلحة الأولاد « التي هي مصلحة اجتماعية عامة » وذلك ما يتفق مع ما قرره القانون الجزائري من أن : « الحق مصلحة محمية بالقانون » .(2)

وبعد : ماذا عن تأديب هؤلاء (الأولاد).؟

—

(1) انظر : المادة — (14 — 24) الباب الثاني من الأمر رقم : (26/ 75 — تاريخ : 29/ 4/ 1975م — الجريدة الرسمية — عدد : 37 — تاريخ : 9/ 5/ 1975م — ص : 498 .

(2) انظر صفحة : 60 من هذه الرسالة .

— انظر المواد : 40 و 42 و 43 من القانون المدني الجزائري .

المطلب الثاني

تأديب الأولاد .

نتناول هذا الموضوع في كل من :

- القانون الأجنبي ..
- الشريعة الإسلامية ..
- القانون المغربي ..
- القانون الجزائري ..

أولا : القانون الأجنبي :

1) القانون الفرنسي : يقول الاستاذ (روبير) :

" ان القانون الفرنسي وان لم يجعل من الأسرة شخصا قانونيا ، الا أنه اضطر للاعتراف لها بحق الرقابة على الصغار " .(1)

كما ان قانون (5/ 6/ 1970م) قد جعل من سلطة الوالدين بديلا عن سلطة الأب .(2)

(1) ميشيل جوكلار : دروس في القانون المدني – ج 1 – ط 3 – ص 17 . باريس 1974 (بالفرنسية) .

(2) غابريل مارتيل – بيير رونو : القانون المدني – ط 2 باريس 1980 . – روبير : الحقوق المختصة بالحالات الشرعية – ص : 310 .
وانظر : النظرية العامة للحق – دور الارادة في انشاء الحقوق والواجبات .

كما استقر القضاء الفرنسي على أن : "للوالد حق توجيه وتعليم أطفاله شريطة أن يمارس هذا الحق لمصلحة الأطفال وليس لمصلحة الوالد الخاصة". (2)

وعليه : فان تأديب الأولاد حق معترف به للوالدين ولكن بحدود مصلحة الأولاد ، وأن يكون : توجيها وتهذيبا ، لا ضربا مبرحا .

2) القانون الانكليزي : تتضافر السوابق القضائية التي تشكل منها (الشريعة العامة) وقانون (العائلة والاحداث) على اعطاء حق رعاية الأولاد لوالديهم .

وحق الرعاية يتضمن حقوقا عدة منها : (حق التأديب) وهو يشمل الضرب شريطة أن يكون معقولا - حسب نظرية المعقولية التي تأخذ بها هذه الشريعة - كما يشمل حق تحديد (الدين) الذي يعتنقه الطفل ونوع التعليم والانتفاع بخدمات الصغار ، كنظافة المدارس وطهي الطعام وغيره ..

وتوجب المادة : (440) من قانون الأولاد والاحداث ، على كل محكمة يعرض عليها أمر طفل أو صغير أن تضع نصب عينيها مصلحة هذا الطفل ، كما يجب عليها اتخاذ الخطوات والاجراءات المناسبة لعزله من الوسط أو البيئة غير المرغوب فيها ، واتخاذ ما يلزم لتعليمه وتدريبه . (1)

---

(1) قانون العائلة - لندن - 1966 وقانون الاحداث : 1963 (بالانكليزية) .
(2) محمد شكري سرور - مرجع سابق - ص: 281 ؛ د : عثمان - ص: 276 - مونيك - ص: 208 .

ثانيا : الشريعة الاسلامية :

أقرت الشريعة الاسلامية (حق تأديب الأولاد) لكل من : الأب ـ الوصي ـ الأم . ولولي النفس: الجد ـ الأخ العم) عند عدم وجود الأب ، وهذا الحق مقرر أيضا : لمعلم المدرسة ـ ملقن الحرفة) بشرط اذن الأب أو الولي ،

وحق التأديب هذا : مقرر للأم للتعليم بلا خلاف ، ومختلف عليه في (التهذيب).

وحق التأديب مقرر للأب أو من ينوبه (للتهذيب والتعليم) فاذا بتفيت به غاية أخرى فلا مجال للتبرير أو الاباحة.

كما يشترط أن يكون الفعل لازما وملائما لتحقيق الغاية وفي هذا يقول (العزبن عبد السلام) := فان قيل : اذا كان الصبي لا يصلحه الا الضرب المبرح ، فهل يجوزضربه ؟ تحصيلا لمصلحة تأديبه.؟ قلنا : لا يجوز ذلك ،بل لا يجوز أن يضربه ضربا غير مبرح ، لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة ، وانما جاز لكونه وسيلة الى مصلحة التأديب ،فاذا لم يحصل التأديب ، سقط الضرب الخفيف كما يسقط الضرب الشديد ، لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد =.

كما يتعين ألا يكون الضرب بغير اليد (كالسوط والعصا) ، وألا يتجاوز الثلاث ، وأن تتقي به المواضع المخوفة من الجسم (كالرأس والوجه) .[1]

---

(1)د. فتحي الدريني ـالتعسف. ص: 258 .
ـ محمد نجيب حسني ـ مرجع سابق ـص: 105 .

وعلى العموم : فالولاية في الشرع منوطة بالمصلحة ، ويؤمر من وضع حق الولاية في يده ، برعاية الأصلح للمولى عليه ، يقول (صاحب الاعتصام) : = ان الأب في طفله أو الوصي في يتيمه أو الكافل فيمن يكفله ، مأمور برعاية الأصلح له = .(1)

ثالثا : القانون العربي :

1) في القانون السوري :

أجاز قانون العقوبات السوري ، ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد آباؤهم ، فقد نصت المادة : 185 منه على ما يلي : =

آ — لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة .

ب — يجيز القانون : ضروب التأديب التي ينزلها بأولادهم آباؤهم وأساتذتهم على نحو ما يبيحه العرف العام .

وهذا التأديب مبرر بغاية التأديب وحده ، وعدم وجود النية الجرمية ، فاذا ثبت أن الضرب لم يكن للتأديب بل كان لملايذاء أو لغاية أخرى ، فان الفعل معاقب عليه .

ويمارس التأديب كل من يلتزم بالرقابة قانونا أو اتفاقا ، من : (أب وجد أو عم) وقد تنتقل تربية الولد ولو بطريق الاتفاق الضمني من (الأب) الى (الأم) م: 174م س.

(1) د. عبد الوهاب حومد — مرجع سابق — ص: 523 .
— د : رؤوف عبيد — مرجع سابق — ص: 508 .

التأديب من شخص يخول له القانون هذا الحق ، بشرط التزامه حدود واتجاه نيته الى مجرد التهذيب .

6) في قانون العقوبات اللبناني :

— المادة : (186 عقوبات) : لا يعد جريمة الفعل الذي يجيزه القانون .

— يجيز القانون :

1 — ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد آباؤهم وأساتذتهم على نحو ما يبيحه العرف العام (في مطابقة للمادة : 185 سوري و : 33 عقوبات سلطنة عمان).

7) في قانون العقوبات الاردني :

— المادة : (62 عقوبات) : لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة .

يجيز القانون :

1 — ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد آباؤهم على نحو ما يبيحه العرف . (1)

(1) انظر قانون الجزاء الكويتي لعام : 1960 ...
— قانون العقوبات اللبناني لعام : 1931 .
— قانون العقوبات الاردني لعام : 1960 .

رابعا : القانون الجزائري :

جاء في مدونة الأحوال الشخصية الجزائرية (المشروع) ما يلي :

- المادة : 100 - يقوم الأب كرب الأسرة بالسلطة الأبوية على ولده الى سن رشده أو ترشيده وهذه الولاية شاملة للنفس والمال معا .

- المادة : 101 - على أن الأم تقوم بولاية الأب ما لم تضع منها بحكم قضائي :

1 - اذا سقطت ولاية الأب كليا أو جزئيا .

2 - اذا لم يكن الأب قواما على العائلة بأن يكون عاجزا عن اعلان ارادته بسبب فقدان أهليته أو غيبته أو بعده أو لأي سبب آخر .

3 - اذا حكم عليه بسبب الاهمال ولو لم تسقط ولايته ، وفي هذه الحال يستعيد الأب ولايته عند رجوعه .(1)

وهذا يعني أن (للأب ثم الأم) ومن يقوم مقامهما ، حق الرقابة أو الرعاية على الأولاد ، ومن الرعاية (التربية) ومن التربية يأتي (حق التأديب) ، فهذا التأديب يكون (بالقسوة) كما يكون (باللين) فأيهما أخذ به القانون الجزائري ..؟

(1) انظر (مشروع) مدونة الأحوال الشخصية الجزائري الذي مازال قيد الدرس للاصدار .

من الرجوع الى القانون الدستوري الجزائري ، نرى أن :

المادة : 79 — تنص على (واجب الآباء في تربية أبنائهم وحمايتهم ، وعلى : واجب الأبناء في مساعدة آبائهم ، وكلمة (الأبناء) يقصد بهما (الأولاد = الذكور والاناث) وكلمة تربية تعني أو تعطي (حق التأديب) ولكن أي تأديب..؟ هل هو الضرب الشديد أم الخفيف ..؟ أم هو : التهذيب ..؟

ان المادة : 39 عقوبات تبرز أعمال استعمال الحق ، والتأديب هو استعمال لحق ، .

أما المادة : 269 عقوبات فتنص على (أعمال الايذاء الخفيف.

تقول هذه المادة : 269 عقوبات:

= كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا تتجاوز سنه السادسة عشرة أو منع عنه عمدا الطعام أو العناية الى الحد الذي يعرض صحته للضرر ، أو ارتكب ضده أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا (الايذاء الخفيف)يعاقب بالحبس من سنة الى خمس سنوات وبغرامة من : 500) الى : 5000) د.ج = . (1)

---

(1) انظر الدستور لعام : 1976 .
ـ قانون العقوبات وتعديلاته حتى عام : 1982 .

وعليه :

لا نص قانوني صريح يعطي لصاحب حق التأديب الضرب الشديد ، لكنه يستفيد من حكم المادة : 269 ع.ج. بحدود (الايذاء الخفيف) .

هذا داخل الاسرة .

— أما بالنسبة للأولاد (داخل المدرسة) فقد منع على (المربين) استعمال (الضرب) كتأديب بل وحتى السب والقهر ، ولا بأس أن نثبت هنا مذكرة صادرة عن : (المفتشية الاكاديمية — أي مديرية التربية والثقافة(حاليا) لمدينة عنابة ، رقم : 288/ ب أ س/ 70 تحت عنوان : العقوبات البدنية : وهذا نصها :

= على أثر تسليط عقوبات بدنية في سنة : 1968 توفيت تلميذة بمدرسة ابتدائية ، وبعد ادانة معلمها حكم على هذا الأخير بدفع غرامة قدرها (30.000.00د ج) ، لذا : أذكر بكل الحاح المناشير المؤرخة يوم : 23نوفمبر 1965 ، رقم : (3246ب أ س ، ويوم : 27/ اكتوبر 1966 رقم : 996/ ب أ س ، ويوم : 12د يسمبر 1967 رقم : 1137/ ب أ س، والنشرة العمالية المؤرخة يوم : 20مارس 1963 ، التي لفتت نظر المعلمين الى المنع البات (لسب ولقهر ولضرب) التلاميذ .

وفي المذكرة المؤرخة يوم : 28 فيفري 1968 رقم :

(073س ود / 3 ب) .

أكد السيد / وزير التربية الوطنية :

==========================

ـ ان العقوبات البدنية تعتبر شرعا جناية يعاقب عليها القانون .

ـ ولا يمكن أن تعتبر هذه العقوبات كوسيلة بيداغوجية أو تربوية .

ـ وأنها مضادة للأخلاق ، وسمعة معلمي المدرسة .

ـ وأنها كذلك تمس مباشرة المسؤولية البدنية المتعلقة بالمعلم الذي يستعملها .

ـ وهذه العقوبات من طبيعتها أن تحرض العائلات ضد المدرسة والادارة المدرسية .

ـ وتمس بحق التلميذ الشرعي في احترام شرفه وتحط من ازدهار شخصيته .

ـ وبكلمة وجيزة : فان هذه العقوبات ، انما هي/منافية عملية للأخلاق والقانون والطبيعة .

ورغم هذه التحريضات فان المعلمين لا زالوا يستعملون العقوبات البدنية .

ولا أتردد لا تخاذ العقوبات الصارمة ضد هؤلاء المعلمين

الذين لا يحترمون هذه التعليمات =.[1]

(وحبذا لو أخذ الآباء والامهات ومن في حكمهما بهذه التوجيهات والتعليمات ، فالبيت يبقى المدرسة الأولى والأخيرة للأولاد).[2]

وهكذا نرى أن (حق التأديب) قد مارسته كل كل المجتمعات ، قديمها وحديثها ، لكن وسيلته قد اختلفت من مجتمع في زمن الى آخر .

---

(1) انظر : مذكرة : مفتشية أكاديمية عنابة رقم : 230 / ب أ س/ 70 تاريخ : 9/ 3/ 1970م (من الارشيف).
– أ . اوفرستريت : العقل الناضج – ترجمة د : عبد العزيز قوصي و: السيد محمد عثمان – مكتبة النهضة المصرية – ط. 2 – 1963 – ص: 49 .

(2) قال شاعر بخصوص ضرب الأولاد :

= لا ترضى صفعاً ولو من والدة .

ما قال ربك أن يستعبد الولد =.

الفرع الثاني

ممارسة الطب والرياضة .

نقسم هذا الفرع الى مبحثين ، نبحث في :

- الأول : حق ممارسة الطب ..
- الثاني : حق ممارسة الرياضة ..

المبحث الأول

حق ممارسة الطب .

نبحث هنا في ثمانية نقاط ، بثمانية مطالب ، مسبوقة بتمهيد ، كالآتي :

1) الطبيب ..
2) المريض ..
3) العمل الطبي ..
4) الاعمال التي يبررها حق ممارسة الطب ..
5) تحليل التبرير ..
6) شروط التبرير ..
7) حكم العمل الطبي ..
8) الأخطاء الطبية ..

تمهيد :

يرجع العلماء (الطب عبر التاريخ) الى مراحل تطورية أربع ، نذكرها بايجاز شديد :

1) المرحلة البدائية : وهي مرحلة البحث من قبل كل الناس عن (الدواء الداء) مرحلة الواجبات = حيث شعر الانسان منذ وجوده بعذاب المرض ونعيم الصحة ، فسعى الى المحافظة على صحته واجتناب ما يؤذيها ، والعمل على دوامها ، فولد ذلك عنده واجب البحث عن الداء والدواء ، فكان الطب كالطعام أسبق ما سعى اليه الانسان ، لأن مداره البحث عن صحة الأبدان .

واذا كنا لا نعلم شيئا عن الانسان (الأول) غير أن شبهه بالانسان البدائي في يومنا الحاضر وما يكتشف بين الحين والحين من آثار ، د عن الانسان فيها سره ، يدلنا على الحالة التي كان عليها ، حتى يصح أن نقاس هذا ركه بمداركه الافراد الذين يعيشون في يومنا هذا عيشة قبلية ، لا تختلف عما كان عليه الانسان البدائي .

لذلك جاز أن يتخذ هولاء الافراد كمادة للدارسوا لبحث والمقارنة والقياس ترشد الى ما كانت عليه المعالجة عند الانسان الأول .(1)

(1) د : احمد شوكت الشطي — تاريخ الطب وآدابه وأعلامه — مطبعة طربين — دمشق — 1967م — ص: 05 .
— د : حسن شحاته سعفان — علم الانسان — ص: 234 .

2) المرحلة السحرية :

تعرض الانسان للاصابة بأمراض لم يعرف سببا ظاهرا لها ، ولم يستطع مكافحتها ، فعزاها الى قوى خارقة زعم أنها تنبعث من أرواح خبيثة (كما يعزوها اليوم البعض الى الجن) ونظرات مؤذية (اصابة العين) لا سلطان عليها ، ولا تتأثر بمشيئته ولا تنالها قدرته فتولد ذلك فيه التشاؤم والخوف فراح يبحث عن قوى شافية.

كما رأى بعض الأمراض تتفق مع الفصول وتتبدل بتبدلها وتصحب الزلازل وتستلو الزوابع ، وتتأثر بالحر والبرد والصواعق والطاعون ، أو تصاحب احتجاب الشمس (الكسوف) أوضوء القمر (الخسوف) فعزا حدوثها الى : الشمس والقمر والكواكب ، وآمن بقدرتها على توليد الداء ، فتولد بذلك (التنجيم وظهر المنجمون) ، وظن الانسان أن بينه وبين النبات والحيوان صلة خير وشر ، فتولد ذلك فيه عقيدة تقديس بعض أنواعها فوجدت بذلك (الطوطمية).

ولجأ أناس الى أساليب أثمرت في عقل الانسان البدائي ، أو وهموهم بأن فيهم صفات خاصة (مانا) جسدية أو عقلية خارقة للعادة ، فصدقوهم وآمنوا بأقوالهم وأعمالهم فأنزلوهم منزلة التقديس ، فعرف (آلهة الطب) كما عرفت (الوثنية الطبية) ، وكان كذلك (السحر والسحرة) .

وهكذا احتكر هؤلاء حق التطبيب .. وهكذا نشأ .. في كل من : (بابل — الهند — الصين — مصر — روما — فرس — يونان — وعرب). (1)

---

(1) انظر : مجموعة (ابن سينا الكبرى) في العلوم الروحانية — المكتبة الشعبية بيروت — تعبير الرؤيا الصغير : للشيخ محمد بن سيرين — دار الاحياء للكتب العربية (بلا تاريخ

3) المرحلة الدينية :

لم تغفل شريعة أو دين (أرضي كان أم سماوي) من أسس صحية، تهدف الى اصلاح الفرد جسما ونفسا.[1] والى اصلاح الجماعات باصلاح الافراد، وقالت الديانات الارضية أن: = للطب آلهة، آلهة تمرض وآلهة تشفي، ولكن بوساطة الكهان. =[2]

واذا كانت الأديان (السماوية) لم تلغي الوسائل البدائية والسحرية، بل العكس نجدها قد احتوتها وزادت عليها، فأوصت بالبحث عن أسباب الداء والدواء: = تداووا يا عباد الله فما أنزل الله داء الا وأنزل له دواء =.[3]

وزادت عليها (بالايمان الصادق) والمعجزات .. واختلط السحر بالدين وعمت الخرافات الطبية. لكننا نجد الاسلام قد اشترط معرفة الطب في المداوي وحمّل غيره مسئولية عمله في حال الضرر = من تطبّب ولم يعرف عنه طب، فهو ضامن. =[4]

وقد عرف الطب الديني عند كل من: الاشوريين ـ البابليين ـ الفينيقيين ـ المصريين الهنديين ـ الفرس ـ اليونان والعرب والمسلمين واليهود والمسيحيين.[5]

---

(1) اقبل على النفس فاستكمل فضائلها .. فانت بالنفس لا بالجسم انسان (الشدلي 131).
(2) ان شفاء الامراض المستعصية على الطب بتأثير الايمان والايحاء، لا يعد في نظر الطب والاطباء اليوم امرا خارقا للعادة (الشدلي ص: 137).
(3) حديث نبوي (الشدلي ص: 162).
(4) حديث نبوي (الشدلي ص: بل: مرسي محمد عرب. لمحات عن التراث الطبي العربي ـ منشأة المعارف بالاسكندرية 1975 ص: 01 ـ 89.
(5) د: احمد شوكت الشدلي ـ مرجع سابق ص: 60 ـ 171.

4) المرحلة العلمية :

يرى البعض أن هذه المرحلة تبدأ مع (أبقراط = الفرس الطاهر ـ 460 ق . م) الذي اعتمد في طبه القياس والتجربة بدل الشعوذة .

وهو الذي وضع للاطباء قسما يؤدونه قبل ممارسة مهنتهم جاء فيه : = أقسم بالله رب الحياة والموت وواهب الصحة والشفاء على أنني أرى المعلم في هذه الصناعة بمنزلة آبائي، وأقصد بقدر طاقتي منفعة المرضى ولا أعطي دواء قتالا ولا مسقطا للجنين وأحفظ نفسي على الزكاة والطهارة وأحافظ على السر الطبي .= (1)

وأنه أول من أوجد مستشفى ، وكان يسكن في مدينة (حمص)السورية الآن) ويأتي مدينة (دمشق) ليقيم في بستان له للرياضة والتعلم والتعليم .

وقد جدد علمه وشرح كتبه الطبيب (جالينوس = العادي)(130بم) الذي اعتمد العرب مؤلفاته وذكره الكثيرون نثرا وشعرا .(2)

وفي هذه المرحلة حددت المسئولية الجنائية على كل من يتعاطى ممارسة الطب بدون علم ، أما المعروف بطبه فلا مسئولية عليه تجاه مريضه .

وقد سارت رحلة الطب العالمي في كنف الحضارة العربية التي نقلتها الى أوربا فأتمتها واعتمدتها في تدعيمها ، فأصبح للطب كلياته وشهاداته ، وللطبيب والمريض حقه ومسؤولياته . (3)

ـ فماذا عن هذا الحق .. وتلك المسئولية قانونا ..؟

---

(1) د.: الشطي ـ ص: 193 .
(2) يموت راعي الضأن في جهله .. ميتة جالينوس في طبه (المتنبي) .
(3) د. أنيد . د . رتستاين ـ أخلاق الطب الحديث ـ ص: 14 .

المطلب الأول

الطبيب.. تعريفه.

لم نجد في كتب الفقه تعريفا للطبيب،[1] فأردنا أن نقوم بهذه المحاولة، علنا نسد الفراغ في هذا الشأن.

وبناء على ما لاحظناه في (التمهيد) حول مراحل الطب، وما استقرأناه في بعض المراسيم الجزائرية وغيرها، المتعلقة بمزاولة مهنة الطب، نقول: = الطبيب هو ذلك الانسان الذي يحمل مؤهلا علميا طبيا، معترفا به من قبل الدولة، ويأذن له القانون بمزاولة مهنة الطب بموجب ترخيص من وزارة الصحة، بقصد العلاج، وطبقا لأصول العلم والفن الطبي. =

وسنرى: أن هذا التعريف (يتضمن مزاولة العمل الطبي)، كما يبعد (طلاب المعاهد الطبية والمتربصين، وكل من لم يزل تحت اشراف أساتذته ولم يتحصل بعد على الشهادة والترخيص المطلوبين. والترخيص قد يكون عاما أو خاصا، ولا يكون تبريرا الا اذا كان داخلا في الترخيص المحلي، وقد يشترط أن يكون الطبيب مسجلا في سجل أطباء الصحة أو جدول نقابة الأطباء، فيجب احترام مثل هذا الشرط.[2]

(1) انظر مرسوم رقم: 321 تاريخ: 30/5/1968 — المتضمن القانون الاساسي الخاص لأطباء الصحة العمومية. الجريدة الرسمية عدد: 44. (31/5/68) — المرسوم السوري تاريخ: 1/1/1970 جريدة رسمية ج 1 عدد: 04 دمشق.
(2) د: محمود نجيب حسني — القسم العام ص: 189.

المطلب الثاني

المريض ، تعريفه .

نجتهد هنا أيضا في وضع تعريف للمريض فنقول :

= المريض انسان كبير أو صغير ، مصاب بمرض ما ، يأتي طبيبا أو يأتيه الطبيب ، بقصد العلاج . = (1)

ورضاء المريض بعلاجه من قبل الطبيب شرط للقيام بهذا العلاج ، والرضاء قد يكون ضمنيا كما يكون صريحا ، ولا أهمية لهذا الرضاء في حالة :

- الضرورة .
- أو قيامه من طرف ممثله الشرعي .
- أو انفاذا لنص قانوني .
- أو أمر صادر عن السلطة . (2)

---

(1) انظر بهذا الشأن :

- مرسوم رقم : 240 تاريخ : 13/ 8/ 1964 - المتضمن تنظيم التعليم شبه الطبي .
- مرسوم رقم : 80 تاريخ : 5/ 6/ 1973 - المتضمن القانون الأساسي الخاص لمعلمي التعليم شبه الطبي - جريدة رسمية عدد : 47 تاريخ : 12/ 6/ 1973 .
- مرسوم رقم : 81 - المتضمن القانون الأساسي لمدارس التكوين شبه الطبي .
- المادة : 02 من المرسوم رقم : 321 - المتضمن القانون الأساسي الخاص لاطباء الصحة العمومية - (مرجع سابق . - والمادة : 9 منه .
- المادة : 02 و 07 من المرسوم رقم : 322 المتضمن قانون [illegible] - جريدة رسمية : 44 - 31/ 5/ 1968 . (جراحي الاسنان)
- المادة : 02 و 09 مرسوم رقم : 323 (قانون الصيدلة .
- مرسوم تاريخ : 1/ 1/ 1970 - المتضمن قانون مزاولة مهنة الطب والصيدلة في (سوريا) جريدة رسمية : عدد : 04 / 970 ص : 219 و 220 .

(2) - د : محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص : 107 .
- د : رووف عبيد - مرجع سابق - ص : 505 .
- د : عبد الوهاب حومد - مرجع سابق - ص : 509 .

المطلب الثالث

العمل الطبي .

قيل عن العمل الطبي بأنه : " نشاط يتفق في كيفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب،[1] ويتجه في ذاته أي وفق المجرى العادي للأمور الى شفاء المريض ، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا أي يستهدف التخلص من مرض أو تخفيف حدته أو مجرد آلامه ، ولكن يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من مرض " .[2]

وقد أسهبت المادة (02) من المرسوم (321) المشار اليها سابقا ، في بيان العمل الطبي ، ومما جاء في الفقرة الاولى منها تحت عنوان : (النشاط الطبي).

- اسعاف المرضى والجرحى والناقصين .
- اجراء الفحوص وتقديم العلاجات والتدابير الوقائية في جميع مؤسسات العلاج والوقاية .
- اجراء الفحوص وتقديم العلاجات للمرضى الخارجين ونزلاء المستشفيات.

ويستحسن الرجوع الى فقراتها الاثنتي عشرة .

---

(1) مرسوم رقم : 321 - الجزائري مادة : 02 .
(2) د : محمود نجيب حسني - ص : 137 .
- ستيفاني - حليفا سير : مرجع سابق - ص : 129 .
- عبد القادر عودة - ج 1 - ص : 520 .

ومما تقدم نرى : أن (العمل الطبي) مصلحة عامة تتطلبها الحياة الانسانية ، لذا نص عليها القانون وحمى تلك المصلحة من عبث العابثين غير المؤهلين لها ، وحق الطبيب في ممارسة الطب هو حق في العمل ، كأي عمل والذي اعتبره الدستور الجزائري : واجبا وشرفا (م : 24 و 59) ولكل عمل شروطه ومحله .

ونظرا لأهمية العمل الطبي في الحياة الاجتماعية ، نظمه القانون وحماه ، ويبرز أعمال الطبيب من جراحة واعطاء دواء ، ولو تضمنت مواد سامة طالما أنها بقصد التطبيب أو العلاج ، وطالما أنها تدخل في اختصاص عمله المرخص به ، ولا تشكل خطورة على حياته (فهو عمل متميز بالخطورة والضرورة والتبرير . (1)

وهكذا يكون العمل الطبي في ماهيته كحق (مصلحة محمية بالقانون) . كما يعتبر استعمالا لحق يدخل ضمون المادة : (39 ف 1) من حيث تبرير نتائجه ، ومثلها المواد : (327ع فرنسي — 51ع ايطالي — 62ع اردني — 12ع امارات متحدة — 186ع لبناني — 124ع مغربي (41ع عراقي — 33ع سلطنة عمان — 69ع ليبي — 42ع تونسي — 14ع قطري — 27ع كويتي — 26ع يمني شعبي — 182ع سوري . (2)

---

(1) د : رمسيس بهنام — مرجع سابق — ص : 365 .
— د : محمد الفاضل — مرجع سابق — ص : 356 .
(2) أنظر مجموعة قوانين الدول العربية — المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة — المكتب العربي لمكافحة الجريمة — بغداد .

المطلب الرابع

الأعمال التي يبررها حق التطبيب.

بما أن القانون قد أذن للطبيب بممارسة الطب، فان جميع الأعمال (الضرورية أو الملائمة لاستعماله)،[1] تكون مبررة، سواء كانت بشكل اعطاء دواء أو القيام بجراحة أو عمليات تجميل أو اجهاض،[2] أو نقل دم أو توليد واسعاف واجراء فحوص ومراقبة صحية وتدابير وقائية، ومكافحة للأمراض المعدية السارية والاجتماعية وبصفة خاصة السل والأمراض العينية السارية والرمد وحمى المستنقعات والامراض الزهرية.[3]

واعلام وتنبيه وتثقيف كل الجماعات عن الوقاية من الأمراض وعن علم الصحة السكنية وصحيتها، وعن الصحة الغذائية والصحة السكانية،[4] والالتزام بالاستجابات لجميع الطلبات القضائية أو الادارية والخاصة بالتحقيقات الطبية الشرعية.[5]

والمراقبة الصحية على الحدود وكل عمل يرمي الى الحماية على الامومة والطفولة والصحة المدرسية[6] (وبالطبع ما يتأتى من نتائج ممارسته لهذه الاعمال).

---

(1) د. محمود نجيب حسني ـ ص: 187.
(2) المادة: 308 ع جزائري.
(3) فقرة (5) مادة (02) مرسوم: 321 جزائري.
(4) فقرة (6) مادة (02) مرسوم: 321 ج.
(5) فقرة (9) مادة (02) مرسوم: 321 ج.
(6) فقرة (2 و 3) مادة (02) مرسوم: 321 ج.
ـ غاستون ستيفاني ـ جورج ليفاسير: قانون العقوبات العام ـ ط 9 ـ دالوز باريس 1976 ـ فقرة: 124 ـ 149 ص: 153 (بالفرنسية).

المطلب الخامس

تحليل التبرير .

يرى البعض : أن التبرير يقوم على رضاء المريض أو يستند اليه ، في حين أن القاعدة : لا تعتبر الرضاء سببا عاما للتبرير ، وأن قيمته محدودة في جرائم المساس بسلامة الجسم .

كما يرى آخر : أن التبرير يستند الى انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب ، في حين أن هذا القصد يعتبر متوفرا لديه ، اذ أن القصد المتطلب في جرائم الاعتداء على السلامة لا يقتضي غير العلم بأن من شأن الفعل المساس بالجسم واتجاه الارادة الى هذا الفعل وما يترتب عليه من مساس ، وهذا القصد بعنصريه متوفر لدى الطبيب .

الا أن الفقه والقضاء يسند هذا التبرير الى : ترخيص القانون ، فالقانون يعترف بمهنة الطب ، وينظم كيفية ممارستها وبالتالي فهو يسمح بكل الأعمال الضرورية أو الملائمة لممارستها .

أما لماذا يسمح القانون ويرخص للطبيب بالقيام بهذه الاعمال ؟ فهذا كما بيناه سابقا : يرجع لأهميتها وضرورتها والمصلحة العامة التي تؤديها في المحافظة على الجسم والعقل السليم لأفراد المجتمع عماد الوطن في جميع المجالات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية .(1)

---

(1) د. محمود نجيب حسني ص: 187 .
- د. رمسيس بهنام ص: 365 .
- محمد الفاضل ص: 356 . -
- انظر صفحة : 268 من هذه الرسالة .

المطلب السادس

شروط التبرير .

عندما يكون عمل الطبيب ضمن مجال حقه في العمل الطبي ، فانه يكون مبررا ، ولا تترتب عليه أية مسئولية ، جزائية كانت أم مدنية أو تأديبية ، اذا لم يرافقه خطأ ، ولتبرير ذلك يشترط توافر ما يلي :

- ترخيص قانوني .
- قصد العلاج .
- أصول العمل الطبي .
- رضاء المريض.

فلنبحث في هذه الشروط الأربعة (التي تضمنها تعريفنا للطبيب).(1)

أولا : توافر ترخيص قانوني :

يجب على من يزاول مهنة الطب أن :

1) يحمل مؤهلا علميا طبيا . وهذا ما نصت عليه المادة : (09) من المرسوم : (321) الجزائري ، والمادة : (01) من المرسوم السوري المشار اليهما آنفا .(2)

---

(1) انظر صفحة : 266 من هذه الرسالة .

(2) الجريدة الرسمية الجزائرية عدد : 44 — 31/ 5/ 1963 .

— الجريدة الرسمية السورية عدد : 04 — ج 1 —— 1/ 1/ 1970 .

ومما جاء في المادة (09) قولها : = يعين أطباء الصحة العمومية من بين الحائزين د بلوم دولة لد كتور في الطب ، أو د بلوم شهادة أجنبية معترف بمعادلتها =.
وكذلك المادة : (07) من المرسوم (322) المتضمن قانون جراحي الاسنان.
ومثلها المادة : (09) من المرسوم : (323) المتضمن قانون الصيادلة.

2) أن يكون مرخصا ، أو معينا من السلطة التي لها حق الترخيص أو التعيين.

وهذا ما نصت عليه المادة : (10) من المرسوم : (321) بقولها :
= يعين أطباء الصحة العمومية الموظفون ، ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة (09) أعلاه ، من طرف السلطة التي لها حق التعيين =.
وقد بينت المادة (04) السلطة المرخصة أو المعينة ، بقولها :
= يتولى وزير الصحة العمومية تسيير سلك أطباء الصحة العمومية =.
وهذا ما تضمنته المواد (04 و 08) من المرسوم (322) والمواد (04 و 10) من المرسوم (323) الخاصين بجراحي الاسنان والصيادلة.
فاذا ما توفر هذان العنصران (الشهادة ـ الترخيص) حق الطبيب ممارسة مهنته ، اذا لم يطلب منه شروطا أخرى ، كالتسجيل في نقابة الأطباء أو غيره. (1)

---

(1) انظر المادة : (02) من المرسوم السوري تاريخ : 1/ 1/ 1970 — ج 1 ـ ص : 220 (حيث اشترطت : التسجيل في وزارة الصحة والترخيص منها ..) ـ د : محمود نجيب حسني ـ ص : 109.

وهذا يعني : أنه لو تولى العلاج شخص ليس من المرخص لهم به ، أو غير مؤهل علميا ، وأحدث جرحا بجسم الغير ، كمن أجرى له عملية جراحية ، أو أعطاه حقنة أو دواء تضرر منهما ، كان مسئولا عن جريمة : مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص وعن جريمة : الجرح أو الضرر العمد .

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على اعتبار المساس بجسم الغير من جانب غير المرخص لهم بذلك ، مكونا لجريمة عمدية ولو كان الباعث هو العلاج .

كما = حكم بأنه يعتبر جريمة جرح عمد ، الجرح الذي يحدثه حلاق يحقن المجني عليه باجرائه له عملية ازالة الشعرة ، غير المرخص له باجرائها ، وحكم بأن احداث حلاق جرحين بالمجني عليه يعتبر جريمة عمدية ، وبأنه لا يؤثر رضاء [illegible] المجني عليه بما وقع عليه من جرح = (1)

على أن مجرد ممارسة مهنة الطب دون ترخيص يكون في ذاته جريمة ، ولو لم ينشأ أي جرح أو ضرر من العمل الطبي المباشر ، شريطة أن يكون قد نفذ عملا من أعمال المهنة الطبية .

= والترخيص قد يكون عاما شاملا كل الأعمال الطبية وقد يكون مقتصرا على بعضها ، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون مجالا للتبرير ، الا اذا كان العمل داخلا في حدود الترخيص = .(1)

---

(1) د : رمسيس بهنام ص : 364 . د : الفاضل ص : 356 .

(2) د : محمود نجيب حسني ص : 190 . رمسيس ص : 367 .
ـ انظر المواد : 304 ـ 313 و 275 ـ 276 و 264 ـ 272 ع جزائري .

= وقضي بأن ابداء ممرض مشورة طبية وعلاجه المريض على خلاف ما أوصى به الطبيب المعالج ، يكون جريمة ممارسة مهنة الطب بدون ترخيص =.(1)

= وحكم بعقوبة القتل الخطأ على طبيب غير مختص في أمراض النساء أجهض امرأة في الشهر الخامس من الحمل ، بحجة انقاذ حياتها من نزيف تعاني منه ، دون أن يشير عليها بدخول المستشفى واستخدم في الاجهاض آلة قضت على الجنين الذي كان ما زال حيا وقت بدء العملية ، وأخرج جسم الجنين قطعا تاركا رأسه داخل رحم المرأة المجنى عليها ، ومزق رحم هذه الأخيرة فتوفيت متأثرة بالنزيف وبالصدمة العصبية الراجعتين الى تمزيق الرحم والتسمم من الجنين المتعفن .=(2)

= كما حكم بعقوبة مباشرة الطب دون ترخيص على ممرضتين مساعدتين أجرت احداهما تشخيصا لمرض في عين المجنى عليها ومست هذه العين ، وأشارت بحقنة بنسلين ، تولت الأخرى اعطاءها =.(3)

= وحكمت محكمة النقض الفرنسية بأنه يعتبر مكونا لجريمة مزاولة مهنة الطب دون ترخيص ، مجرد الاشتغال بوصف نظام غذائي معين يسير عليه المريض ، وليس لمن يباشر

(1) د : رمسيس بهنام ص : 366 .
(2) د : رمسيس بهنام ص : 367 .
(3) د : رمسيس بهنام ص : 367 .

الطب على وجه الاعتياد بتشخيص مرض المرضى ومعالجتهم دون ترخيص ، أن يتذرع في ذلك باستجابته لحالات ضرورة كان يوجد بها أولئك المرضى ».(1)

ثانيا : توافر قصد العلاج :

« ومعنى ذلك أن عمل الطبيب أو الجراح لا يكون مشروعا الا اذا كان مقصودا به علاج المريض ، فعلاج المريض هو الغرض الذي يقوم عليه حق الاطباء في التطبيب والجراحة ، واستهداف الشفاء قرينة على حسن النية .

ويبنى على هذا : أن الطبيب لا يكون مستعملا حقه اذا وجهه الى غير الهدف المذكور ولو كان برضاء المجنى عليه أو بالحاحه ومثاله : أن يرمي الطبيب الى ازهاق روح المريض ولو كان الدافع الاشفاق على المريض أو الرغبة في اراحته من آلام مبرحة لا يرجى شفاؤها ، وكذلك : فان الطبيب الذي يقوم بعملية جراحية لامرأة كي يستأصل قدرتها على النسل بناء على طلبها وبدون أن تستلزم حالتها الصحية ذلك ، يكون مستحقا العقاب على جريمة مقصودة ».(2)

(1) د : رمسيس بهنام ، ص : 368 .

(2) رؤوف عبيد ، ص : ص : 505 .

- انظر المادة : 273 ع جزائري بخصوص المساعدة على الانتحار .

واذا كان ما أجراه الطبيب هو مجرد تجربة علمية لم يقصد بها شفاء من أجريت عليه، بل مجرد اشباع شهوة علمية أو خدمة شخصية، فلا يبرر التجربة قبول من أجريت عليه، ورضاء المجني عليه لا يبيح الفعل هنا، لأن سلامة جسم الانسان لا تكون محلا للتصرف ولا يباح المساس بها الا لفائدة الانسان ذاته.

ولا يؤثر في قيام الجريمة نبل الدافع أو شرف الغاية، اذ لا يعتبر الدافع أو الغاية عنصرا في التجريم، وان كان لهما أثرهما لدى القاضي في تقدير العقاب.(1)

ويلحق بالعلاج في هذا المدلول:

- الوقاية من مرض.(2)
- والكشف عن أسباب سوء الصحة.

ثالثا: توافر أصول العمل الطبي:

يعني هذا الشرط أنه: "على الطبيب أن يبذل للمريض جهودا صادقة يقظة ومتفقة والاصول العلمية الثابتة، وهي الأصول التي يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب الى علمهم أو فنهم، وليس معنى هذا أنه: يجب على الطبيب أن يطبق العلم كله كما يطبقه غيره من الاطباء، فمن حق الطبيب أن يكون له قدر من الاستقلال في التقدير.

(1) د: محمد الفاضل ....، ص: 354.
(2) د: محمود نجيب حسني ....، ص: 190.

فلا يكون مسئولا الا اذا ثبت أنه في اختياره للعلاج قد أظهر جهلا بأصول العلم أو الفن الطبي .

فالطبيب يعتبر مخطئا اذا هو تصدى لحالة تستعصي على مثله ، وانما ينبغي له أن يشير عندئذ على المريض أو ذويه بالالتجاء الى طبيب مختص .

= وقد حكم : بأن الطبيب يسأل عن خطئه في المداواة اذا كان الخطأ ظاهرا لا يحتمل نقاشا فنيا تختلف فيه الآراء ، فاذا وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الاطباء ويختلفون ورأى الطبيب اتباع نظرية قال بها أهل العلم ، ولو لم يستقر الرأي عليها فلا لوم عليه ، وعلى القضاء أن يتفادى النظر في المناقشات الفنية عند تقدير مسئولية الاطباء ، اذ أن مهمته ليست المفاضلة بين طرق العلاج المختلف عليها ، وانما هي قاصرة على التثبت من خطأ الطبيب المداوي ، ويبنى على ذلك ، أن الطبيب يكون مسئولا اذا أجرى عملية جراحية وهو في حالة سكر =.(1)

= أو أجراها ويده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة ، أو نقل العلاج دون أن يفحصه ، أو أغفل ربط الحبل السري وترك الطفل دون عناية بعد مولده ، مع أنه ولد قبل الموعد ، فأفضى ذلك الى وفاته ، أو ترك سهوا أداة من أدوات الجراحة في جسم المريض توفي بسببها =. (2)

---

(1) د. محمد الفاضل – مرجع سابق – ص: 360 .
– د. رمسيس بهنام – مرجع سابق – ص: 370 .

(2) د. رؤوف عبيد – مرجع سابق – ص: 506 .
– د. محمود نجيب حسني – مرجع سابق – ص: 192 .

رابعا : توافر رضاء المريض :

ويقصد بذلك أنه " ليس لطبيب مرخص له أن يعمل مبضع الجراحة في جسم انسان لم يكن قد رضي بذلك ، والا اعتبرت الواقعة جريمة جرح عمد ، رغم وجود رخصة مزاولة مهنة الطب والجراحة .

على أنه لا يلزم في الرضاء أن يعبر عنه المريض صراحة بالقول أو الكتابة ، بل يكفي أن يكون معبرا عنه ضمنيا بأن يكون مستفادا من مسلك المريض ، وان كان المريض غير أهل للتعبير عن رضائه أو كان فاقد الوعي ، فانه يكفي أن يصدر الرضاء ممن له في شأنه سلطة قانونية أو من أقرباء يفترض فيهم أنهم رعاته الطبيعيون ، فان لم يستطع المريض أن يعبر عن رضائه ولم يكن يوجد من يرضى بالنيابة عنه فليس للطبيب أن يقدم على علاجه الا اذا كان يوجد خطر جسيم حال على المريض من شأنه أن يجعل استعانه بالعلاج أمرا ضروريا عاجلا .

وليس لرضاء المريض محل ، حيث يفرض القانون عليه التزاما بالخضوع لعمل طبي ما ، كما لتطعيم .. كما أن من يقوم بمثل هذا العمل يعتبر مؤديا لواجب عليه " .(1)

هكذا : اذا ما توافرت تلكم الشروط كان العمل الطبي مبررا ، الا اذا حدث خطأ .. أو تخلف شرط ..

(1) د . رمسيس ..... ص : 369 . د : عبيد ... ص : 505 .
- انظر المادة : 306 ع جزائري .

المطلب السابع

حكم العمل الطبي في حال تخلف شرط

= تقضي القواعد العامة أنه : اذا تخلف شرط من شروط الاباحة أو التبرير استتبع ذلك القول : بأن الفعل غير مشروع ، ذلك أن الفعل أصلا خاضع لنص تجريم ، فلا يخرج عن نطاقه الا اذا توافر سبب الاباحة بكل شروطه ، وهذا يعني انتفاء سبب الاباحة ذاته = .(1)

وما هذا الا تطبيقا للقاعدة القائلة : (اذا ما اشترط لشيء عدة شروط ، ينتفي بانتفاء أحدها).

فاذا لم يكن العمل الطبي في ذاته طبيا ، طبقا للتعريف الذي وضعناه للطبيب ، ولمفهوم العمل الطبي وشروطه ، فلا تكون على الاطلاق فكرة التبرير ولو كان الذي يأتيه طبيبا ، كما لو ضرب الطبيب المريض أثناء عملية جراحية بقصد منعه عن الحركة ، فالضرب لا ينطبق على أصول العمل الطبي ، وبالتالي لا تبرير لفعل الضرب هذا ، بل يخضع للتجريم ، لا لنص التبرير . وكذلك اذا قام بالعمل الطبي شخص غير مرخص له ، أو بدون رضاء المريض ، أو بغير قصد الشفاء ، فكلها تعتبر أعمال مجرمة ولا يستفيد فاعلها من نص التبرير ، المتضمن في المادة : 39 فقرة أولى عقوبات جزائري .

---

(1) د. محمود نجيب حسني : مرجع سابق ، ص : 192 .

المطلب الثامن

الأخطاء الطبية .

اذا ما توافرت شروط التبرير ، فالعمل الطبي يعتبر مشروعاً مبرراً ، ولو ساءت حالة المريض ، ذلك أنه اذا فشل العلاج رغم توافر كل الشروط ، فان هذا الفشل يرجع عندها الى أن بنية المريض قد بلغ بها الاعتلال حداً لا يجدي معه العلاج إلا اذا كان الفشل راجعاً الى خطأ قد ارتكبه الطبيب.

والخطأ الطبي يكون خطأ غير عمدي ، ويسأل الطبيب عن جريمة غير عمدية ، ولا يعتبر فشل العلاج قرينة قاطعة على خطأ الطبيب .

أما اذا كان العمل لا يقصد به العلاج ، كاجراء تجربة علمية أو احداث عاهة لشخص بقصد الاعفاء من الخدمة الوطنية (العسكرية) أو كان بقصد الانتقام ، عندها لا يكون الفعل خطأ بل عمداً ، ويسأل الطبيب عن جريمة عمدية .

ويخضع تقدير الخطأ الطبي القواعد العامة ، التي يخضع لها تقدير الخطأ غير العمدي .(1)

---

(1) د : رمسيس بهنام ـ مرجع سابق ص : 397 .
ـ د : محمود نجيب حسني ـ مرجع سابق ص : 193 .
ـ انظر المواد : 288 ـ 290 عقوبات جزائري .

المبحث الثاني

حق ممارسة الرياضة .

نبحث هذا الحق .. في ثمان نقاط ، بعدها نسبة مطالب مسبوقة بتمهيد كما لآتي :

1) الرياضي ..
2) الرياضة ..
3) المحل الرياضي ..
4) الرياضات المباحة ..
5) تعليل التبرير ..
6) شروط التبرير ..
7) الحكم اذا تخلف شرط ..
8) الأخطاء الرياضية ..

تمهيد :

يرى المؤرخون أن تطور الرياضة والألعاب كان يساير تطور التاريخ والحضارات ، وقد مرت بمراحل مختلفة قبل وصولها الينا بالطريقة التي نعرفها اليوم لكل

نوع منها ، من حيث أساليبها وقوانينها وفنياتها وهدفها .

ويمكن رد تلك المراحل بصورة عامة الى عصور أربعة :

1) عصور ما قبل التاريخ : وهي مرحلة التلاؤم مع الطبيعة والدفاع عن النفس (مرحلة الواجبات).

2) العصور القديمة : مرحلة العنف والقوة ومحاولة التغلب على الأعداء (مرحلة المغالبة).

3) العصور الوسطى : وهي مرحلة الاعداد البدني والعقلي للمحارب (مرحلة الأقوى).

4) العصور الحديثة : مرحلة التربية البدنية والتثقيف للجماهير (المصلحة العامة) .

ومما لا شك فيه أن العصور الحديثة ، قد تخللتها تطورات كثيرة (كفن رياضي) سواء من حيث الأدوات أو الملابس أو الملاعب ، وفي فنون وخطط اللعب .

كما وضعت لها القوانين والحكام ، وتطورت من رياضة (ارستقراطية) الى رياضة شعبية ، كما دخلها العنصر النسائي ، وأصبح ممارسها مسئولا عما يرتكبه من أخطاء تجاه الآخرين ، فماذا عن هذه المسئولية ومداها ..؟ (1)

---

(1) قانون التربية البدنية والرياضية ــ وزارة الشباب والرياضة الجزائر: 1976 .
ــ النظام الداخلي للاتحادية الجزائرية ــ الملاكمة ــ التنس ــ الجزائر : 1980 .
ــ الالعاب الاولمبية ــ دورة موسكو (22) 1980 . ملاكمة ــ دراجات سباحة .
عبدالحميد سلامة ــ كرة القدم ــ ليبيا ــ تونس: 1973
ــ د : عباس عبد الفتاح الرملي ــ المبارزة ــ القاهرة : 1979 .

المطلب الاول

الرياضي .. تعريفه .

ما الرياضي ..؟

اذا كان قد قيل : بأن كل انسان (فيلسوف وشاعر) نظرا لما يبديه أحيانا من : شطحات فلسفية ..[1] ونفحات شعرية . فلا حرى أن يقال : أن كل انسان رياضي .. فالمشي رياضة .. والجري رياضة .. ومن منا لا يمشي ويجري ..؟ الا أن هذا القول فلسفي أو شاعري ..

فالرياضي : الذي نقصده هو ذلك الرياضي بالمفهوم القانوني ، الذي يستفيد في ممارسته للرياضة ، واصابته غيره اصابة ما ، من قواعد قانون العقوبات ، وبخاصة من قواعد (أعمال التبرير) أو الاباحة ، وفق منطوق المادة : 39 فقرة أولى جزائري ، وأمثالها من مواد قوانين الدول الأخرى ، فيعتبر (مستعملا لحق) حماه القانون ، وبرر نتائجه .

فمن هو ذلك الرياضي ..؟

هذا ما ترشدنا اليه قوانين التربية البدنية والرياضية ..

---

(1) الشطح في الصوفية : يعني أن الصوفي والله واحد ، مثل قول الحلاج : (أنا الحق) انظر : ابن الفارض — يوحنا قمير — بيروت — ص 25 .

والالعاب الأولمبية ، ومن استقراء تلكم القوانين : نجد أنه لكي يعتبر الانسان رياضيا بالمعنى الرياضي القانوني لابد أن تتوافر فيه الشروط التاليه :

1 ـ أن يكون منخرطا (منتسبا) في نادٍ أو جمعية أو اتحادية رياضية.[1]

2 ـ أن يتقيد بقواعد ونظام اللعبة أو الرياضة التي اختارها.

3 ـ أن يستمر في رياضته وانخراطه.

4 ـ أن يلتزم قواعد قانون الرياضة التي يمارسها أثناء المباريات المحلية أو الدولية ، وأن يتقبل الهزيمة كالنصر ، بصدر رحب وتسامح.

5 ـ أن لا يتصرف في ممارسته الرياضة ، أي تصرف عنصري تجاه بلد أو شخص ، سواء كان ذلك التصرف ناتجا عن أسباب : جنسية أو دينية أو سياسية.[2]

تلكم هي الشروط : المبدئية والضرورية ، التي اذا توفرت في انسان (رجلا أو امرأة) قيل عنه (رياضي) بالمفهوم القانوني.

وعليه : نستطيع أن نعرف الرياضي بقولنا : = الرياضي انسان منتسب لنادٍ أو فريق مستمر في رياضته ، ملتزم بقواعدها ، بروح انسانية = .

أما من يرغب في وظيفة معلم أو منشط رياضي ، فيجب أن يكون : 1) حاملا لشهادة دولية أو لشهادة معترف بمعادلتها.

2) مرخصا له من قبل الوزير المكلف بالرياضة.[3]

(1) مادة : 35 من قانون التربية الجزائري (2) البند الرابع من اهداف الجامعة الدولية لكرة القدم ـ سلامة ـ ص: 22 (3) م : 29 من قانون التربية الجزائري.

المطلب الثاني

الرياضة .

ما الرياضة ..؟

ليست الرياضة لعبا أو نشاطا ذهنيا أو حركيا فحسب..

بل هي تربية أو ثقافة .. واذا ما رجعنا الى مفهوم الثقافة نجدها عملية شاملة تتجلى في : = استجابة الانسان لاشباع حاجاته الأساسية ، فهي عبارة عن الوسائل التي يلجأ اليها الانسان ليعيش معيشة مريحة في العالم =(1). أو في : = ذلك المركب الكلي الذي يتضمن المعرفة والعقيدة والفن ، والآداب والقانون والعرف والتقاليد وأية قدرات أخرى يكتسبها الانسان كعضو في المجتمع =.(2)

انها (أي الرياضة) = نظام تربوي عميق الاندماج بالنظام التربوي الشامل ، ويخضع لنفس الغايات التي تسعى تلك التربية الى بلوغها ، والرامية الى الرفع من شأن تكوين الانسان والمواطن والعامل الاشتراكيين بما لديها من مزايا =.(3)

ومن تلك المزايا ، أنها تؤدي أربع وظائف أساسية ، هي :

(1) اشلي مونتاجيو : اصول التربية الحديثة ـ ج 1 ـ ص : 3 .
(2) ادوارد تايلور : علم الانسان ـ د : حسن شحاته ـ ص : 106 .
(3) قانون التربية الجزائري ـ ص : 14 .

1) وظيفة بدنية .   2) وظيفة اقتصادية .

3) وظيفة اجتماعية وثقافية . 4) وظيفة عالمية .

الأمر الذي جعل الدول تشجع الرياضة وتحديدها ، ومن

جملة تلك الحماية (تبرير الأفعال المرتكبة قانونيا خلالها)

أي اذا ما كانت نظامية أو قانونية .[1]

علما بأن الجزائر تعتبر الرياضة جزءا من الثورة الثقافية).[2]

---

(1) المادة : 67 من الدستور الجزائري لعام 1976 .

ــ المادة : 39 ف 1 عقوبات جزائري .

(2) الميثاق الوطني الجزائري لعام 1976 ص : 273 .

المطلب الثالث

العمل الرياضي .

ما العمل الرياضي ..؟

مما سبق معرفته عن (الرياضي - الرياضة) نستطيع أن نقول : انه عمل ترْبوي منظم ، يتفق في كيفيته وظروف مباشرته ، أو ممارسته مع الملاءمة للنظام الاجتماعي ، ومع القواعد المقررة في القوانين الرياضية والجنائية ، ويتجه في ذاته الى الرفع من شأن تكوين الانسان ذاتيا ، وطنيا ، وعالميا ، وذلك لما يحققه من (مصالح) بدنية اقتصادية اجتماعية ثقافية ، وانسانية ، .

فهو : حق يرنو أن يسمو الى مرتبة الواجب ، حماه القانون للجميع ، فيكان مصلحة اجتماعية عامة .

وعليه : فهو (مصلحة محمية بالقانون) .[1] .

---

(1) المادة واحد من قانون التربية الجزائري (انظر) .
- انظر صفحة : 75 من هذه الرسالة .

المطلب الرابع

الرياضات المباحة .

هل يبيح (حق ممارسة الرياضة) ممارسة جميع أنواع الرياضات اذا كان معترف بها : وطنيا أو دوليا ..؟

نعم ، طالما أنها تتفق والمصلحة الاجتماعية ، ولا تشكل مخالفة لقواعد القوانين : التربوية أو الجنائية .

وهل تعتبر الرياضات التي تمارس في بعض جهات من الريف وغير ممارسة في الحقل الوطني أو الدولي (كرياضة التحطيب في مصر ، والجورة في سوريا ، والطرقي في الجزائر) ضمن أنواع الرياضات التي يبيحها حق ممارسة الرياضة .؟ (1)

يجيب البعض : بنعم ، باعتبارها تستند الى العرف المحلي المستقر والذي يمكن وصفه بأنه مطابق للقانون ، اذ ليس في هذه الرياضات ما يتنافى مع القول بمشروعيتها .(2)

وما القول : في الألعاب التي تجري أثناء احتفالات دينية (كضرب الشيش = السيخ في البدن) عند أهل الزوايا ..؟ هل ترد الى ألعاب السحر وبأن العرف مستقر عليها ..؟ — أرى : أن مثل هذه الألعاب ليس لها نظام ولا يحكمها قانون ، ولذلك فهي تخضع في حالة الاصابة الجسيمة الى قواعد قوانين العقوبات ، ولا تحظى بأي تبرير .

---

(1) لعبة (الجورة) هي أن يثبت رجل احدى رجليه في جورة (حفرة صغيرة) وعلى خصمه اخراجه بشتى السبل وقد يكسر رجله أو يخلع كتفه في المحاولة .
ـ لعبة الطرقي) تكون بين فريقين كل منهما يحاول الاستحواذ على الكرة بعصا معكوفة تمارس فوق الرمال في الجنوب الجزائري) .

(2) د : رؤوف عبيد — مرجع سابق — ص : 506 .

المطلب الخامس

تحليل التبرير .

رأينا أن بعض الألعاب الرياضية ، تقوم أساسا على استعمال العنف ، على جسم المتنافسين ، كالملاكمة ، والمصارعة وغيرهما ..

وبعضها ، لا يستدعي هذا العنف إلا عرضا ، ككرة القدم والطاولة والسلة وغيرهم ، بحيث قد يصاب اللاعبون بالرغم من اتباع كل قواعد اللعب وأصوله .

ويجمع الفقه على تبرير كل أفعال العنف في الرياضات التي تقوم أساسا على استعمال العنف .

وكذلك اباحة وتبرير كل الأفعال في الرياضات التي لا تستدعي العنف ، ولكنه يقع عرضا خلالها .

وتحليل التبرير في الحالتين ، وعلى رأي الأكثرية هو استعمال اللاعب حقا أقره القانون .(1)

الا أن البعض يرى : أنه كذلك في الرياضات التي تقوم أساسا على العنف ، () أي التي العنف فيها مفترض ،

---

(1) د : محمود نجيب حسني — مرجع سابق — ص : 194 .

أما الرياضات أو الألعاب التي يقع العنف فيها عرضا فهذا لا يعود الى القانون ، وانما الى الملاءمة مع النظام الطبيعي للمجتمع ، ولا تحقق أصلا الركن المادي لجريمة الجرح ، لكي يرتفع عنها وصف الجريمة فتصبح مباحة .(1)

وعلى كلا الرأيين ، النتيجة واحدة ، وهي التبرير وان اختلف التحليل .

كما يرى آخرون : أن التبرير يستند الى انتفاء القصد الجنائي ، أو رضاء المجني عليه .(2)
هذا مع العلم : أن القصد الجنائي يكون متوفرا في الرياضات التي يكون العنف فيها مفترضا ، ومثله رضاء المجني عليه ، ومنتفيان في غيرهما .

ورأينا : هو الذي يرجع هذا التبرير أو الاباحة الى (استعمال الحق) الذي أذن به وحماه القانون ، باعتباره مصلحة عامة (مضمون المادة : 39 ف1 عقوبات جزائري وأمثالها).

(1) د : رمسيس بهنام – مرجع سابق –ص : 361 .
(2) د : محمد الفاضل – مرجع سابق –ص : 362 .

المطلب السادس

شروط التبرير .

لكي يقال : أن هناك تبرير بخصوص الاصابات التي تقع بين اللاعبين ، قل شأنها أو عظم ، يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة التاليه :

أولا : أن تكون الرياضات الممارسة من الألعاب التي يعترف بها القانون أو العرف الرياضي .

ثانيا : أن تكون الاصابة أو الأعمال العنفية قد وقعت أثناء مباراة رياضية .

ثالثا : أن يكون اللاعب الذي أحدث الاصابة قد راعى أصول وقواعد الرياضة الممارسة .

1) بخصوص الشرط الأول : ولكي يعترف بهذه الرياضة (قانونا أو عرفا) يجب أن يكون لها قواعد وأصول معروفة يتقيد بها كل من يمارسها ، وأن تكون الرياضة مما ...(1)

(1) د : محمد الفاضل - ، ص : 362 .

- د : محمود نجيب حسني - ، ص : 195 .

يمارس في جهة أو أوساط معينة ، بغض النظر عما اذا كان لها جمعيات أو هيئات منظمة تتولى الاشراف أو تشجع الناس عليها .

2) وبخصوص الشرط الثاني : فهذا يستبعد الاصابات التي تقع/ خارج المباراة ، كأن تحدث قبل بدء المباراة ، أو بعد انتهاء المباراة ، فاذا حصل ذلك ، فلا تبرير ولا اباحة وانما تخضع الاصابة الى حكم القواعد العامة في قانون العقوبات (م : 261 و 264 و 288ع ٠ج) ٠

كما يتطلب هذا الشرط أن يكون الخصمان قد قبلا المشاركة في المباراة عن طواعية ودون خداع ، فاذا ما وقعت الاصابة أثناء المباراة وتم الرضاء وحسن النية استفيد من التبرير .

3) أما الشرط الثالث : فيعني التقيد التام بقواعد اللعبة أثناء ممارستها ، فاذا ما خرج عليها أعتبر مسئولا ، فاذا كان خروجه عن خطأ سئل مسئولية غيرعمدية ، وان كان خروجه عن عمد كانت المسئولية عن جريمة عمدية .(1)

---

(1) انظر بهذا الشأن :
ـ د : محمد الفاضل ...٠ص : 362 ٠
ـ د : عثمان سعيد عثمان ...٠ص : 460 ٠
المواد : 185ع سوري ـ 186ع لبناني ـ 16ع قطري ـ 62 ف2ع أردني ـ 31ع كويتي ـ 41ع عراقي ـ 82ع تونسي ـ 29ع يمني د يمقراطي ـ 124ع مغربي ـ 69ع ليبي ـ ٠

المطلب السابع

حكم الفعل الرياضي .

حكم الفعل الرياضي اذا تخلف شرط من شروط التبرير؟

بالطبع يفقد التبرير قيمته اذا ما تخلف شرط من شروطه ، وتصبح الاصابة وكأنها جريمة عادية ، عملا بالقاعدة :

= اذا ما اشترط لشيء عدة شروط ، ينتفي بانتفاء احداها = .

فاذا وقعت الاصابة في رياضة غير معترف بها قانونا أو عرفا ، فلا اباحة ولا تبرير ، وتخضع الاصابة الى حكم القواعد العامة في قوانين العقوبات .

— وكذلك الحال : اذا ما وقعت الاصابة خارج مباراة رياضية .

— والأمر كذلك : اذا ما خرج اللاعب عن أصول وقواعد اللعبة الممارسة .

= وقد حكم في فرنسا : بعقوبة الجرح العمد على لاعب في فريق للرجبي ، لكم لاعبا في الفريق الخصم على شفته العليا ، بعد أن كان هذا اللاعب قد تخلى عن الكرة = .(1)

---

(1) د : رمسيس بهنام — مرجع سابق — ص : 361 .

ووجود القصد أو عدم وجوده ، أمر متوقف اثباته على ظروف كل واقعة وملابساتها .

ـ فاذا كان شرط التبرير متوافر ، وحدثت اصابة جسيمة من كسر أو وفاة ، فلا مسئولية على الفاعل ، ويستفيد من التبرير .

وتعتبر الواقعة مجردة من وصف الجريمة ولا تترتب عليها مسئولية ما .

= ولا يكون للاصابة في حالة الوفاة (مثلا) دخل فيها وانما تعود الوفاة الى علة خفية شابت صحة الرياضي لم تكن معروفة أو كان من الممكن العلم بها ، ومن شأن هذه العلة ، أن تقطع صلة السببية بين العمل الرياضي ، والحادث الذي تحقق بمناسبته ، وتنتفي المسئولية .= (1)

انظر بهذا الشأن :
د : مصطفى القللي ... ص: 256 . د : علي بدوي ... ص: 398 .
د : السعيد مصطفى السعيد ... ص: 170 . د : علي راشد ... ص: 446 .
د : محمود محمود مصطفى ... ص: 120 . د : عبد الوهاب حومد ... ص: 457 .
د : محمد الفاضل ... ص: 362 . عبد القادر عودة ... ص: 525 .
جارو ... ص: 327 . جارسون ... ص: 155 .
دوند يودونابر ... ص: 245 .

المطلب الثامن

الأخطاء الرياضية .

اذا ما توافرت شروط التبرير أو الاباحة ، كان الفعل مشروعا (كما رأينا سابقاً) ولو نتجت عنه اصابة بالغة ما بلغت .

أما اذا ما اقترن الفعل (بخطأ) سئل الرياضي عن جريمة غير عمدية .[1]

ويخضع تقدير الخطأ غير العمدي الرياضي للقواعد العامة التي يخضع لها تقدير الخطأ غير العمدي ، (م : 288 - 290 ع . ج) .
دون أن يستفيد الفعل من أحكام قواعد التبرير أو الاباحة (م : 39 ف1 ع . ج) .

تعقيب : اننا مع الرياضات أو الألعاب (اللاعنيفة) أما (العنيفة) منها ، فهي (من لا نبيل و سلوك وحشي لا انساني ..) = والأرقى عقليا هم القادرون الآن على تجنب ذلك السلوك الوحشي ممارسة وتشجيعا[2] = .

(1) د : محمود نجيب حسني ... ص : 193 .
(2) معمر القذافي : الكتاب الأخضر - الفصل الثالث - الركن الاجتماعي ص 93 .
- المواد : 432 - 434 ع لبناني و : 422 - 426 ع سوري (بمنع المبارزة) .

الفصل الثاني

الأعمال المعنوية .

تمهيد :

نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

- حق النقد ...

- وحق القبض ..

وقد أضفنا هما لأننا لم نرد أن يكون موضوع رسالتنا .. مقتصرا على (الأعمال المادية) أعمال الجرح والضرب، والتي جعلنا من تطبيقاتها (حق : تأديب الزوجة - الأولاد - التطبيب وممارسة الرياضة) دون التعرض (ولو قليلا) الى (الاعمال المعنوية) التي تمس (الشرف والاعتبار) كجرائم (القذف والسب) في مجال (النقد والدفاع) المتولدة عن (حرية الرأي) باعتبارها هي الأخرى من تطبيقات (استعمال الحق) .

كذلك لم نرد أن نغفل (حق القبض) في الجرائم المتلبس بها وما ينتج عند ممارسته من قذف أو سب أو عنف وضرب .. مبرر، باعتباره هو الآخر من تلك التطبيقات .
واذا كنا قد أسهبنا في الأولى، فلأنها في الأساس مقصودنا في الموضوع .. فاننا سوف نلمح هنا بايجاز كثير، في هذه الأخيرة، التي تستحق بالفعل أن تكون (موضوعا) لرسالة مستقلة، مكتفين باعطاء فكرة عامة عنهما وللمستزيد المراجع .. المثبتة أن ينهل منها (معذرة).

المبحث الأول

حق النقد .

صانت دساتير الدول (حرية الرأي — وحرية التعبير)[1] ، ومن هذه الحرية يأتي (حق النقد) ، المتفرع عنه (حق الدفاع أمام المحاكم) .

ونتطرق هنا بايجاز الى حق النقد في النقاط التالية :

- تعريفه ...
- حدوده ...
- ماهيته ...
- مجاله ...

في المطالب الأربعة التاليه :

المطلب الأول

تعريف حق النقد .

= من حق المجتمع أن يعرف الحقيقة .. وخاصة اذا كانت تتصل بحياته الاجتماعية ، ولذلك كان من المصلحة

(1) المواد : 53 و 55 د جزائري — 25 و 27د سوري — 26د عراقي .

العامة أن يباح نقد الأشخاص الذين أخذوا على عاتقهم تأمين قسطاً منها (أي المصلحة العامة)، كرجال السياسة، والموظفين، والأدباء، والعلماء، والخصوم أمام القضاء وغيرهم.. حتى تعرف حقيقة أعمالهم وادعاءاتهم.» (1)

وتطبيقاً لهذا المبدأ، أصبحت المعارضة في المجالس النيابية (الشعبية والوطنية) ركناً من أركان الحياة الديمقراطية، لأنها حين تنتقد الحكومة تظهر للشعب حقيقة تصرف الحاكمين.

ولكن حق النقد لا يعني بحال من الأحوال قذف أو سب الناس، للنيل من شرفهم أو اعتبارهم الشخصي، وانما يعني نقداً: «وزن أمر من الأمور أو عمل من الأعمال، وزناً نزيهاً، يظهر محاسنه، كما يبين مساوئه.» (2)

وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: «ابداء الرأي في أمر أو عمل، دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل، بغية التشهير به أو الحط من كرامته.» (3)

وانما قد اذا ما أساء (استعمال هذا الحق)، تعرض للعقاب حسب نوع الجرم، أكان سبّاً أو قذفاً. (4)

---

(1) د: عبد الوهاب حومد — مرجع سابق ص: 490.
(2) د: = = = = = 492.
(3) د: رؤوف عبيد — = = ص: 511.
(4) المواد 296 و303 و144 و143ع جزائري. 442 — 448ع مغربي. 81 — 84ع عراقي. 116ع امارات. 38ع ليبي. 245ع تونسي.. الخ.

المطلب الثاني

حدود حق النقد .

ان حدود (حق النقد) هي حدود أو توخي (المصلحة العامة) فاذا تجاوز هذه المصلحة ، فمس الشخص في حياته الخاصة ، فلا حق ولا نقد ، بل هو اعتداء وافتراء على شرف وكرامة أو اعتبار الآخرين .

والاتفاق عام ، على أن من حق المواطن انتقاد القوانين ، والمراسيم والقرارات الحكومية ، انتقادا موضوعيا ، يتوخى منه بيان خلاصاتها ، وأخطائها ، في سبيل المصلحة العامة .

ولكن : دون أن يقصد : = المساس بالدستور ، أو بالمصالح الرئيسية للمجموعة الوطنية ، أو بوحدة الشعب أو التراب الوطني ، أو بالأمن الداخلي والخارجي للدولة ، أو بالثورة الاشتراكية = .(1)

ويخضع هذا الحق في شروط استعماله ، الى تلك الشروط العامة ، التي سبق أن بحثناها في (شروط استعمال الحق) وشروطه الخاصة .(2)

(1) المادة : 73 دستور جزائري ، 26 عراقي ، 27 دستور سوري .
(2) انظر صفحة : 34 من هذه الرسالة .

المطلب الثالث

ماهية حق النقد .

ان الوقوف على الحقيقة في أمر أو شأن من أمور وشؤون الحياة الاجتماعية ، سواء أكانت : سياسية أو اقتصادية أو ثقافية ... توخيا (المصلحة العامة) ، هو المبرر الوحيد لممارسة حق النقد .

وعليه :

فحق النقد اذن : = مصلحة عامة = وباعتبار أن القانون يحمي تلك المصلحة ، فهو :

(مصلحة محمية بالقانون).[1]

---

(1) انظر المواد :

(296ع قطري . 209 و 210ع كويتي .
(436ع سوداني . 582 و 586ع لبناني .
(116ع امارات متحدة . 188 ـ 199ع اردني .
(442 ـ 443ع مغربي .
د : عبد الوهاب حومد ـ مرجع سابق ـ 511 . ـ 494 .
د : رؤوف عبيد ـ مرجع سابق ـ ص : 511 .

المطلب الرابع

مجال حق النقد .

أباح القانون توجيه النقد الى :

- أعمال الموظف العمومي ..
- الاعضاء أثناء الجلسات وداخل اللجان البرلمانية والاجتماعات الحزبية ..
- الاعضاء في القضاء أثناء الدفاع ...

1) فبالنسبة للموظف العمومي : يشترط النقد في أعماله التي يؤديها أثناء ممارسته الوظيفة ، وبحسن نية .(1)
ولا يمتد هذا الحق الى أعماله أو حياته الخاصة ، « فلو قال شخص عن موظف : انه غير صادق في آرائه ومعتقداته الدينية ، أو السياسية ، يسأل عن قوله ، لأنه يطعنه في أشياء شخصية ، لا تدخل في أعمال الوظيفة » .(2)

2) وبالنسبة للاعضاء أثناء الجلسات وداخل اللجان البرلمانية ، والاجتماعات الحزبية : فالاتفاق تام على حرية المناقشات وأن لا حرج في ذلك ، ولا مسئولية ، شريطة ألا تمس شرف أو اعتبار الشخص ، وفقا للقاعدة العامة ، .
وهذا الحق لا ينصرف الى جرائم الضرب أو الجرح .(3)

---

(1) المادة : 375 دستور سوري لا تشترط (حسن النية).
(2) د : عبد الوهاب حومد — مرجع سابق — ص : 492 .
(3) د : رؤوف عبيد — مرجع سابق — ص : 514 . انظر المواد : 123ع تونسي . — 297ع قطري . 157ع يمني . 264ع مغربي . 436ع سوداني . 144 — 148ع جزائري المادة : 137 دستور جزائري .

3) أما في مجال القضاء : وهو ما يعرف بحق الدفاع أمام المحاكم ،

فقد اعتبرت الدساتير أن : = كل انسان بريئا حتى تثبت ادانته = . كما جعلت : = حق الدفاع مصونا في جميع مراحل الدعوى وأمام جميع المحاكم =.(1)

وقد وضع الاستاذ (القللي) حصانة المرافعة في باب : (ممارسة الحق).(2)

والاتفاق عام تقريبا على ممارسة هذا الحق ولو وقع قذفا أو سب ، على أن تتوافر الشروط التاليه :

1) أن يقع القذف أو السب من خصم على خصم وبنية حسنة .
2) أن يقع أثناء الدفاع الشفوي أو الكتابي وأمام محاكم الموضوع دون سواها .
3) أن يكون من مستلزمات الدفاع ، أي متعلقا بموضوع الدعوى ولازما لتكوين الرأي فيها .

وعلى المحامي : أن يسلك الطريق التي يراها ناجحة للدفاع عن موكله ، وأن يمتنع عن ذكر ما يمس كرامة الخصم ، ما لم تستلزم ذلك حالة الدعوى ، وللمحكمة أن تقرر حذف الألفاظ النابية ، التي لا مبرر لها .(3)

---

(1) 176 د جزائري . 23 د سوري . 20 د عراقي .
(2) د : مصطفى القللي – مرجع سابق – ص : 363 .
(3) د : عبد الوهاب حومد – مرجع سابق – ص : 436 – 438 .
د : رؤوف عبيد – مرجع سابق – ص : 512 .
المواد : 173 و 276 ع ليبي . 233 – 242 ع عراقي . 128 ع تونسي .
15 ع قطري . 213 ع كويتي . 417 ع لبناني .
د : قدري عبد الفتاح الشهاوي – النظرية العامة للمسئولية الشرطية 1974 ص : 147
– الجريدة الرسمية – عدد : 79 سنة : 12 تاريخ : 3/ 10/ 1975 – م : 69 من قانون المحاماة الجزائري . أمر رقم : 61 / 75 .

المبحث الثاني

حق القبض .

نتعرض الى (حق القبض) في النقاط التالية :

- تعريفه ..
- حدوده ..
- ماهيته ..
- مجاله ..

في مطالب أربعة :

المطلب الأول

تعريف حق القبض .

نصت المادة : (61) من قانون الاجراءات الجزائري على ما يلي :

= يحق لكل شخص في حالات الجناية أو الجنحة المتلبس بها ، والمعاقب عليها بعقوبة الحبس ، ضبط الفاعل واقتياده الى أقرب مأمور للضبط القضائي = .

ومن : نص هذه المادة ، والمواد المشابهة لها في قوانين الدول (العربية والأجنبية) يتبين :[1]

ـ أنه حق شخصي عام : لكل شخص الحق في ممارسته حالة مشاهدته شخصا طبيعيا متلبسا بجريمة جنحة أو جناية ، معاقب عليها بالحبس أي بعقوبة الحبس ، من شهرين فما فوق (م : 50 ع جزائري).[2]

بقصد أخذه الى أقرب مركز للشرطة (أو الدرك) ، وبصفة عامة (مأموري الضبط القضائي) (انظر المواد : (12 ـ 10 ، اجراءات جزائري).[3]

ولا يشترط في القائم به سوى كونه شخصا طبيعيا سليما ، رجلا أو امرأة ، شريطة أن تكون هناك جريمة مشهودة ، أو متلبس بها فعلا ؛ سواء أكانت جناية أو جنحة ، وهذا يعني : أنه لا حق في القبض في حالة المخالفات .

ـ وأن يكون هدف القابض ، توخي المصلحة العامة ، لا الانتقام أو التشفي الشخصي .

---

(1) المواد : 26) اصول محاكمات سوري . 37) اجراءات مصري . (237 ـ 257) اجراءات فرنسي . 327 ع فرنسي . 51 ع ايطالي .

(2) المواد : 37 ع سوري . 15 ـ 10 ع مغربي . 50 ع تونسي . 17 ع ليبي .

(3) المواد : 07) اصول محاكمات سوري . 23) اجراءات مصري معدلة بقانون 25 / 1971م .

- وباعتباره حقا : أذن به القانون ، فهو يعفي صاحبه من العقاب ، ولا يعتبر مسئولا عن جريمة (الاعتداء على الحريات الفردية) المعاقب عليها في المادة : (291 ع.ج).

كما يعتبر الفعل مبررا ويدخل تحت مضمون المادة : (39 ف1 ع.ج) ولو نتج عنه عنف.

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة . (41 ف4 ع عراقي) بقولها : = لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون ، ويعتبر استعمالا لحق ... 4 - أعمال العنف التي تقع على من ارتكب جناية أو جنحة مشهودة بقصد ضبطه = .(1)

- وباعتباره حقا : فصاحبه بالخيار : ان شاء استعمله وان شاء تركه ، ولكن اذا ما استعمله ، توجب عليه أن يلتزم حدوده .

وعليه :
نستطيع تعريفه بالتالي : = هو حق شخصي عام مبرر ، يقوم في حالة الجريمة المتلبس بها ، لصاحبه الخيار بين الترك أو الاستعمال ، فاذا تركه لا عقاب عليه ، واذا ما استعمله التزم بحدوده ، ويسأل عند التجاوز فيه = .(2)

---

(1) قانون العقوبات العراقي رقم : 111 / 69 معدل برقم : 207 / 1973 .
(2) انظر صفحة : 37 من هذه الرسالة .
- لم نعثر على من تعرض لهذا الحق منفردا ، وانما كان يلمح اليه أثناء بحث (اداء الواجب وممارسة السلطة) انظر : د : اسحق ابراهيم منصور : ممارسة السلطة : (رسالة دكتوراة) . 1974 . د : لحوابدي عمار : ممارسة او استعمال السلطة (رسالة دكتوراة) الجزائر 1981 .

المطلب الثاني

حدود حق القبض.

ان حق القبض (كما رأينا) يعطي صاحبه في حالة استعماله حق القبض على المجرم ، واستخدام العنف ضده اذا لزم الأمر ، وحجزه بعض الوقت حتى يتمكن من تسليمه لرجال الضبط القضائي .

وفي حالة استعمال هذا الحق ، عليه أن يلتزم حدود أو شروط هذا الحق ، التي تتلخص بصورة عامة بالتالي :

1) قيام هذا الحق..
2) استعماله من قبل صاحبه (ممن شاهد الجريمة).
3) التزام حدوده دون تعد .

- فهو أولا : مسؤول عن السلامة وبصورة خاصة حياة المقبوض عليه .
- وعليه ثانيا : أن لا يستعمل العنف اذا ما حصل الانقياد والطاعة ، وبعد استنفاذ وسائل الترغيب والترهيب التي تعينه على القبض ، ومن ثم اقتياده الى أقرب مأمور للضبط القضائي ، وبالحدود المعقولة .

وثالثا : ألا يحصل منه تجاوز ، أو تعد ، والا كان مسئولا .(1)

---

(1) د : رووف عبيد - مرجع سابق - ص : 513 .
- د : اسحق ابراهيم منصور - مرجع سابق - ص : 10 .
- عبد القادر عودة - ج 1 - ص : 471 .

المطلب الثالث

ماهية حق القبض .

رأينا عند بحثنا عن (ماهية الحق)[1] ، أن الحقوق الشخصية الخاصة ، لم يعد ينظر اليها الا من خلال (المصلحة العامة) فهي مصالح عامة ، وان تضمنت مصالح خاصة لاصحابها .

فما بالك بالحق الشخصي العام ..؟

انه لم يقرر ، وتوضع له الحماية القانونية ، الا : لاعتبارات (المصلحة العامة) والعامة وحدها ،

وعليه :

نستطيع القول دون اطالة بأن حق القبض في الجرائم المشهودة أو المتلبس بها هو :-

= مصلحة عامة محمية بالقانون[2] = .

---

(1) انظر صفحة : 40 من هذه الرسالة .

(2) المواد : 44 ع سوداني . [illegible] . 61 ع أردني . 135 ع لبناني . 104 ع سوري . 69 ع ليبي . 42 ع تونسي .

المطلب الرابع

مجال حق القبض .

ان مجال (حق القبض) هي (جرائم التلبس) أي الجرائم المشهودة، من جنح وجنايات، باستثناء المخالفات، وتوصف الجريمة، بأنها مشهودة أو متلبس بها : = اذا كانت مرتكبة في الحال، أو عقب ارتكابها = .

كما تعتبر الجناية أو الجنحة متلبسا بها اذا كان الشخص المشتبه في ارتكابه اياها في وقت قريب جدا من وقت وقوع الجريمة، قد تبعه العامة بالصياح أو وجدت في حيازته أشياء أو وجدت آثار أو دلائل تدعو الى افتراض مساهمته في الجناية أو الجنحة .

وتتسم بصفة التلبس كل جناية أو جنحة وقعت ولو في غير الظروف المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين اذا كانت قد ارتكبت في منزل وكشف صاحب المنزل عنها عقب وقوعها وبادر في الحال باستدعاء أحد مأموري الضبط القضائي لاثباتها = .[1]

---

(1) انظر المواد : 41) اجراءات جزائري . 451 ف 1 ع جزائري .
(464 — 475 ع فرنسي . 28) اصول محاكمات جزائية سوري .
(30) اجراءات مصري .
— ستيفاني — ليفاسير : قانون الاجراءات الفرنسي — طبعة جديدة — دالوز باريس 1975م — فقرة : 110 — ص : 107 .
— ستيفاني — ليفاسير : قانون العقوبات الفرنسي العام — ط 9 — دالوز — باريس 1976م — فقرة : 123 — 149 — ص : 153 — 175 .

الخـــاتـمـــة

==================

نوجز هنا : ما تضمنته الرسالة مع أهم النتائج :

1 -) بخصوص موضوع الرسالة : استعمال الحق كسبب للتبرير . فقد طرقناه : نظريا وتطبيقيا .. في القانون الجزائري المقارن ، مبوبا في ثلاثة أبواب :

- الباب الأول : كتمهيد ، تحت عنوان : استعمال الحق .. في فصلين ، بحثنا فيهما : التبرير .. والحق ..

بينا في الأول : مكانة استعمال الحق المبرر من النظام القانوني ككل ، ومن أعمال التبرير بشكل خاص ..

وفي الفصل الثاني : بحثنا في ماهية الحق .. وغايته .. ونسبية الحقوق .. وضوابط استعمال الحق .. حتى انتهينا الى تعريف عام لاستعمال الحق ، سواء منه المتأتي عن اباحة أصلية ، أو اباحة استثنائية موضوع بحثنا .[1]

---

(1) انظر صفحة : 6 - 32 من هذه الرسالة .

ـ أما الباب الثاني :

الذي يتضمن عنوان : شروط استعمال الحق ..

فقد بحثناه في فصلين :

خصصنا الأول : لشروط استعمال الحق ، التي تمثلت في ثلاثة شروط : الأول : يتعلق بالحق ذاته بعد ،!..

والثاني : يتعلق بصاحب الحق ...

والثالث : يتعلق بالحق نتيجة .. بالاستعمال ..

في حين خصصنا الفصل الثاني : لحكم التجاوز ، والجهل والغلط في استعمال الحق .(1)

ـ وفي الباب الثالث :

الذي تضمن : تطبيقات استعمال الحق ...

فقد بحثناه هو الآخر في فصلين :

خصصنا الأول : للأفعال المادية أو جرائم (الجرح والضرب) فتعرضنا الى : حق تأديب الزوجة والأولاد ..

وحق ممارسة مهنة الطب والألعاب الرياضية ..

بينما خصصنا الفصل الثاني : للأفعال المعنوية ..أو (الجرائم المعنوية) فتعرضنا فيها الى : حق النقد .. وحق القبض..بايجاز .. (2)

(1) انظر صفحة : 03 ـ 192 .

(2) انظر صفحة : 193 ـ 307 .

2 -) أما أهم النتائج فقد تمثلت :

أولا : في تحديد موضوع التبرير أو أسباب الاباحة من النظرية العامة للجريمة .

ثانيا : في وضع الحاضر في مسيرة الماضي والمستقبل ، والتطور وسنة الحياة .

ثالثا : استجلاء ماهية الحق في القانون الجزائري المتجلي : بالمصلحة المحمية بالقانون .

رابعا : ابراز أهمية الاهتمام بالمساواة بين الرجل والمرأة .. والأخذ بالتهذيب في تربية الأولاد .

خامسا : أهمية البحث كونه يتطرق للمرة الأولى في القانون الجزائري ، والثانية في القانون العربي .

المراجع

1) — المراجع العربية :

أولا : المراجع القانونية :

آ —) الكتب :

1) د : ثروت أنيس الأسيوطي : — مبادئ القانون (1) القانون — دار النهضة العربية — القاهرة — 1974 .

2) = = = : — مبادئ القانون (2) الحق مطبعة جامعة القاهرة — 1974 .

3) = = = : — الإسلام والملكية — المنشأة الشعبية للنشر والتوزيع والاعلان — ليبيا — 1979 .

4) = = = : — المنهج القانوني (1) و (2) مطبعة جامعة وهران — الجزائر — 1973 .

5) = = = . النظرية العامة للالتزام في ضوء الميثاق الوطني الجزائري — جامعة وهران 1977 .

6) = = = : — نظام الاسرة بين الاقتصاد والدين — ج 1 الجماعات البدائية — بنو اسرائيل — القاهرة دار الكتاب ط 1 — 1967 ط 2 : 1968 .

7) = = = : — نظام الاسرة بين الاقتصاد والدين — ج 2 الشرائع المسيحية — القاهرة — دار النهضة العربية — ط 1 — 1967 — ط 2 : 1968 .

8) د : محمود نجيب حسني : — شرح قانون العقوبات — القسم العام — النظرية العامة للجريمة — دار النهضة 1962

9) = = = : — أسباب الاباحة في التشريعات العربية — النظرية العامة للاباحة واستعمال الحق — معهد الدراسات العربية — القاهرة : 1962 .

10) د : فتحي الدريني : — الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده — موسسة الرسالة — ط 2 — بيروت 1977 .

11) د : فتحي الدريني : — نظرية التعسف في استعمال الحق — مؤسسة الرسالة — ط 2 — بيروت : 1977 (رسالة)

12) د : عبد المنعم فرج الصدة : — اصول القانون — دار النهضة العربية — بيروت — 1978 .

13) قدري عبد الفتاح الشهاوي : — النظرية العامة للمسئولية الشرطية — منشأة المعارف — الاسكندرية — 1974 .

14) د : رؤوف عبيد : — مبادئ القسم العام من التشريع العقابي — طبعة 4 — دار الفكر العربي — 1979 .

15) = = = : — مبادئ القسم العام من التشريع العقابي — طبعة 3 — دار الفكر العربي — 1966 .

16) د : احمد فتحي سرور : — اصول قانون العقوبات — القسم العام — النظرية العامة للجريمة — دار النهضة : 1971 .

17) د : محمود محمود مصطفى : — شرح قانون العقوبات القسم العام — ط9 مطبعة جامعة الازهر — 1974 .

18) د : رمسيس بهنام : — النظرية العامة للقانون الجنائي — ط 3 — منشأة المعارف بالاسكندرية — 1971 .

19) د : عبد الوهاب حومد : — الحقوق الجزائية العامة — ط 6 — المطبعة الجديدة — دمشق : 1963 .

20) د : محمد الفاضل : — المبادئ العامة في التشريع الجزائي — ط2 مطبعة الاحسان — دمشق — 1973 .

21) د : ابراهيم زكي أخنوخ : — القانون الجنائي الدولي — مذكرة لطلبة [illegible] الجزائر — 76 / 1977 .

[illegible] : — شرح قانون [illegible] العام — الشركة الوطنية للنشر والتوزيع : الجزائر .

23) د : عوض محمد : — الوجيز في قانون العقوبات — القسم العام — ج 1 — دار المطبوعات الجامعية . اسكندرية 1976

24) د : أبو اليزيد علي المتيت : — البحث العلمي عن الجريمة — موسسة شباب الجامعة — الاسكندرية — 1976 .

25) د : سعاد الشرقاوي : — نسبية الحريات العامة وانعكاسها على التنظيم القانوني — دار النهضة — 1979 .

26) د : صبحي المحمصاني : أركان حقوق الانسان — دار العلم للملايين — طبعة اولى — بيروت — 1979 .

27) د : علي راشد : — القانون الجنائي — ط2 : دار النهضة 1974 .

28) محمد أبو زهرة : — التشريع الجنائي في الشريعة الاسلامية —بيل؛
— الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي — الجريمة
دار الفكر العربي .

29) د : عبد الخالق النواوي : — التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية —
والقانون الوضعي — المكتبة العصرية — بيروت .

30) ابن جزي : — القوانين الفقهية — تونس — 1926 .

31) عبد القادر عودة : — التشريع الجنائي الاسلامي — ج : 1 و 2 —
دار الكتاب العربي — بيروت .

32) د : طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون —
مكتبة القاهرة الحديثة : 1963 .

33) = = = : — نظرية الدولة — مكتبة القاهرة الحديثة —
طبعة رابعة — 1973 .

34) د : حسن علام : — التشريع العقابي — مطبوعات جامعة الجزائر — الجزائر — 74/ 1975 .

35) د : محمود السقا : — فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية —
دار الفكر — مطبعة جامعة القاهرة — 1973 .

36) د : حسن كيره : — اصول القانون — مطبعة دار المعارف — 1960 .

37) عبد الرزاق احمد السنهوري : — الوسيط في شرح القانون المدني — مج1 —
العقود والوكالة — دار احياء التراث العربي —
بيروت — لبنان — 1964 .

38) = = = = : — الوسيط في شرح القانون المدني الجديد —
نظرية الالتزام بوجه عام — مج 1 : دار النشر
للجامعة المصرية — القاهرة — 1952 .

39) الشيخ علي الخفيف : — الحق والذمة — مكتبة وهبة القاهرة : 1945 .

40) محمد سلام مدكور : — الحكم التخييري أو نظرية الاباحة عند
الاصوليين والفقهاء — ط 2 : دار النهضة —
القاهرة — 1965 .

41) زهدي يكن : — المسئولية المدنية أو الاعمال غير المباحة —
ط 1 — المكتبة العصرية — صيدا — بيروت .

42) هنري باتيفول : — فلسفة القانون — ترجمة سموحي فوق العادة —
منشورات عويدات — بيروت — 1972 .

43) سامي حكيم : ميثاق الجامعة العربية والوحدة العربية ط1 : 1966 .

44) حسني نصار : — تشريعات حماية الطفولة — حقوق الطفل — منشأة المعارف بالإسكندرية — 1973 .
45) السيد يس : — دراسات في السلوك الاجرامي — ومعاملة المذنبين — دار الفكر العربي — 1963 .
46) محمد كمال عبد العزيز : — الوجيز في نظرية الحق — مكتبة وهبة .
47) عبد العزيز سعد : — نظام الحالة المدنية في الجزائر — مطبعة البعث قسنطينة — 1980 .
48) هنري ليفي برول : — سوسيولوجيا الحقوق — ترجمة عيسى عصفور — منشورات عويدات — ط1 : بيروت 1974 .
49) د : عادل عجلاني : — الوجيز في الحقوق الادارية — مطابع الفكر دمشق — 1959 .
50) د : فؤاد شباط : الحقوق الدولية العامة — ط3 : دمشق : 1961 .
51) د : كمال الغالي : — مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية مطبعة جامعة دمشق — 1965 .
52) د : أدمون رباط : — الوسيط في القانون الدستوري — ج : 1 و 2 بيروت .
53) محمود كمال المحامي : — القانون الدولي العربي — دار العلم للملايين ط 1 — بيروت — 1965 .
54) د : هشام علي صادق : — آثار الاستخلاف الدولي — منشأة المعارف بالاسكندرية — 1973 .
55) د : محمود سلام زناتي : — أهلية المرأة في القانون الروماني والشريعة الاسلامية — بايرمن — 1956 .
56) د : آمال عبد الرحيم عثمان : — الخبرة في المسائل الجنائية — جامعة القاهرة دار المعارف بالقاهرة — 1964 . (رسالة)

===

ب —) الرسائل :

1) د : لحوابدي عمار : — استعمال السلطة في القانون الجزائري — مكتبة الجامعة — بن عكنون — 1981 .
2) د : اسحق ابراهيم منصور : — ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات دار الرائد للطباعة — 1974 .
3) د : عثمان سعيد عثمان — : — استعمال الحق كسبب للاباحة — القاهرة 1968 .

4)د : ابراهيم زكي أخنوخ : — حالة الضرورة في قانون العقوبات — دار النهضة العربية — القاهرة — 1969 .
5)د : سليمان محمد الطماوي : — نظرية التعسف في استعمال السلطة — الانحراف بالسلطة — مطبعة جامعة عين شمس ط: 3 — 1978 .
6)د : قدري عبد الفتاح الشهاوي : — أعمال الشرطة اداريا وجنائيا — منشأة المعارف الاسكندرية — ط 2 : 1971 .
7)د : فتحي الدريني : — نظرية التعسف في استعمال الحق — موسسة الرسالة — بيروت — ط 2 : 1977 .
8)د : محمود عثمان الهمشري : — المسئولية الجنائية عن فعل الغير — دار الفكر العربي — 1969 .
9)د : محمد صبحي نجم : — رضاء المجني عليه في قانون العقوبات — القاهرة — 1977 .
10)د : محمد سلام زناتي : — اهلية المرأة في القانون الروماني والشريعة الاسلامية — جامعة باريس — 1956 .
11)د : آمال عبد الرحيم عثمان : — الخبرة في المسائل الجنائية — جامعة القاهرة 1964 .
12)د : حسن محمد علوب : — استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن جامعة القاهرة — 1970 .
13) السعيد مصطفى السعيد : — مدى استعمال الحقوق الزوجية وما تتقيد به في الشريعة الاسلامية — جامعة القاهرة 1939 .

===

ج —) البحوث :

1)د : محمود نجيب حسني : — الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له القانون العقوبات — مجلة القانون والاقتصاد — س : 29 — عدد : 3 — سبتمبر : 1959 — ص : 529 — 624 .
2) محمد معايير زيد : — معايير القبض — اعداد حسن صادق المرصفاوي ومحمد ابراهيم زيد — المجلة الجنائية القومية — مج : 13 عدد : 1 — مارس : 1970 ص : 03 — 40 .
3)د : محمد مصطفى القللي : — مسئولية الطبيب من الوجهة الجنائية — مجلة القانون والاقتصاد — سنة ثانية 1932 ص : 319 .

4) ابراهيم البرجي : — حقوق المرأة في الاسلام — مجلة المحاماة الشرعية س: 11 ع: 1 — 1940 اص: 10 .

5) احمد ابراهيم ابراهيم : — حقوق المرأة في الاسلام وبيان مالها وما عليها من الحقوق والواجبات — مجلة القانون والاقتصاد س: 06 — 1936 اص: 147 .

6) عبد الرزاق سليمان : — أحكام المرأة بل (تسوية الرجل بالمرأة في الميراث — مجلة المحاماة الشرعية — س: 01 — ع: 6 : 1929 ص: 464 .

7) محمد عبد الفتاح الشهاوي : — الاسرة في المجتمع العربي بين الشريعة والقانون مجلة المحاماة — س: 41 ع: 10 — 1961 اص: 1662

8) محمود كامل : — حقوق الاولاد والازواج والحواشي على التركة مجلة المحاماة — س: 41 ع: 3 — 1960 اص: 401 .

9) د: محمود محمود مصطفى : — مسئولية الاطباء والجراحين الجنائية — مركز الاطباء في التشريع الاسلامي — بل الجنائي اباحة التطبيب والجراحة — مجلة القانون والاقتصاد س: 18 — 1948 ص: 279 .

10) = = = : — مدى المسئولية الجنائية للطبيب اذا أفشى سرا من اسرار المهنة — مجلة القانون والاقتصاد — س: 11 — 1941 ص: 655 .

11) د: رؤوف عبيد : — المسئولية الجنائية للاطباء والصيادلة في قضاء حديث لمحكمة النقض — مجلة مصر المعاصرة — س: 51 ع: 299 يناير 1960 ص: 27 .

12) آمال عبد الرحمن : — جريمة القذف — دراسة مقارنة — مجلة القانون والاقتصاد — س: 32 ديسمبر 1960 اص: 737

13) محمد راغب عطايه : — جرم القذف في التشريع — مجلة المحاماة — س: 43 ع: 9 — 1963 اص: 1133 .

14) د: احمد فتحي سرور : — نظرية الحقوق الاجرامية — مجلة القانون والاقتصاد س: 34 ع: 01 مارس: 1964 اص: 491 .

15) محمود اسماعيل : — حق الدفاع وحرية الدفاع — مجلة المحاماة س: 40 ع: 08 — 1960 اص: 1453 .

16) محمود محمود مصطفى : — بحث في وفاة المريض بتأثير البنج — مجلة المحاماة س: 19 — 1940 ص: 1133 .

17) نصيف زكي : — الاعتساف في استعمال الحق وتطبيقه في حالة تغيير الدين — مجلة المحاماة — س: 37 — 1957 اص: ص: 354 .

18) عبد الهادي يونس العدلاني : — ماهية الحق في القانون الخاص — مجلة القانون والاقتصاد — س: 34 ع: 01 — 1964 — ص: 413.

19) د : محمود نجيب حسني : — الخطأ غير العمدي في قانون العقوبات — مجلة المحاماة — س: 44 ابريل يرــ مارس: 1964.

20) ادوار غالي الذهبي : — الخطأ الجنائي والخطأ المدني — مجلة مصر المعاصرة يوليو: 1961 ع: 305 ص: 89.

21) د وجدي ليسون : — الفلسفة القانونية — مجلة المحاماة — س: 43 ع: 10 — 1963 — ص: 1245.

22) د : ثروت انيس الاسيوطي : — المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية مجلة مصر المعاصرة — سنة: 59 عدد : 332 — يوليو : 1968 — ص: 161 — 239.

23) = = = = : — عدالة السماء — مجلة القانون والاقتصاد — سنة : 37 عدد : 01 مارس: 1967 ص: 01 — 42.

24) جسيركسه — اوتونسون : — ماهية الجماعات الانسانية — ترجمة د : ثروت انيس الاسيوطي — مجلة القانون والاقتصاد — سنة : 32 مارس: 1962 ص: 01 — 24.

25) د يل نيكو — جورجيو : — تاريخ فلسفة القانون منذ قدماء الاغريق الى عصر النهضة — ترجمة : د : ثروت انيس الاسيوطي مجلة القانون والاقتصاد — سنة : 32 يناير 1963 ص: 115 — 156.

26) فؤاد وهبي ابو الذهب : — المسئولية عن فعل الغير — مسئولية الوالدين عن أفعال أولادهم الصغار — تعليق على حكم للاستاذ : اندريه تونك — مجلة ادارة قضايا الحكومة — سنة : 06 ع : 01 — 1962 ص: 140.

27) = = = = = : — تحديد خطأ لاعب تنس — تعليق على حكم للاستاذ : اندريه تونك — مجلة ادارة قضايا الحكومة — س: 08 ع: 02 — 1964 ص: 145.

د ــ) مواثيق ــ دساتير ــ قوانين :

1) الميثاق الوطني الجزائري 1976 ــ جبهة التحرير الوطني ــ الجزائر .
2) الدستور الجزائري 1976 .
3) الدستور السوري ــ مرسوم : 199 تاريخ : 3/ 3/ 1973 . دمشق .
4) الدستور العراقي المؤقت 1970 وزارة العدل ــ قسم الاعلان القانوني .
5) مشروع مدونة الاحوال الشخصية الجزائري .
6) قانون الاحوال الشخصية السوري 1953 دمشق .
7) قانون الاحوال الشخصية العراقي 1959 ــ وزارة العدل قسم الاعلان القانوني : 1981
8) قانون رعاية القاصرين ــ العراق : 1980 وزارة العدل .
9) كتاب الاحوال الشخصية (الاحكام الشرعية) منشورات المحامون ــ دمشق .
10) قانون العقوبات الجزائري ــ وتعديلاته ــ محمد طالب يعقوبي .
11) قانون الاجراءات الجزائية الجزائري امر رقم : 155/ 66 وتعديلاته .
12) قانون الاجراءات الجنائية المصري ــ دار الفكر العربي .
13) القانون المدني الجزائري 1976 وتعديلاته : 1983 .
14) قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري ــ 1968 ــ دمشق .
15) قانون عقوبات جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية (المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة ــ بغداد : 1980 .
16) قانون الجزاء الكويتي : 1960 . =
17) قانون العقوبات القطري : 1974 . =
18) قانون العقوبات التونسي : 1980 . =
19) قانون عقوبات الجماهيرية ع ل ش ش . =
20) قانون العقوبات الجنائية في سلطنة عمان ــ 1980 . =
21) قانون العقوبات العراقي : 1973 . =
22) قانون العقوبات السوداني : 1974 . =
23) قانون العقوبات المغربي : 1976 . =
24) قانون العقوبات اللبناني : 1981 =
25) قانون عقوبات دولة الامارات : 1980 . =
26) قانون عقوبات الجنائي الاردني : 1980 . =
27) قانون العقوبات السوري : 1953 .
28) قانون العقوبات المصري . 1962 . 29) قانون العقوبات الفلسطيني : 1979 .
30) قانون لعبة تنس الطاولة الكويتي 78 . 31) قانون لعبة تنس الطاولة السعودي 1981
32) قانون التربية البدنية والرياضية ــ الجزائر : 1976 .

هـ) جرائد رسمية — وثائق:

1) جريدة رسمية عدد : 07 — سنة: 19 — تعديل قانون العقوبات والاجراءات الجزائية بالقانون رقم : 3 و 4 عام : 1982 .

2) جريدة رسمية — عدد : 44 سنة 05 — قانون اداباء الصحة العامة وجراحي الاسنان والصيادلة رقم : 321 و 322 و 323 / 43/ 75 .

3) جريدة رسمية — عدد : 79 — سنة 12 تنظيم مهنة المحاماة : 8 / 10 / 175 الجزائر .

4) جريدة رسمية عدد : 54 سنة : 12 قانون الريفي رقم : 43/ 1975 — الجزائر .

5) جريدة رسمية عدد : 05 سنة: 20 تعديل وتتميم القانون المدني رقم: 58/ 1975 بالقانون رقم: 01/ 1983 — الجزائر ، 1/ 2/ 83

6) جريدة رسمية سورية — عدد : 04 جزء أول سنة: 1970 قانون مزاولة مهنة الطب .

7) عناصر وثائقية — وزارة قدماء المجاهدين — المتحف الوطني الجزائري 1976 .

8) وثائق اعلامية (فبراير — مايو 1979) رئاسة الجمهورية مديرية الاعلام (مركز الاعلام عنابه .)

9) عشر سنوات من الانجازات (19 جوان 65 — 19 جوان 1975) . وزارة الاعلام والثقافة الجزائر — 1976 .

10) كيف تحررت الجزائر — الذكرى الخامسة والعشرون لثورة نوفمبر — وزارة الاعلام والثقافة — الجزائر .

و —) نشرات — مجلات :

1) نشرة القضاة — الجزائر — من سنة : 1970 — 1981 وزارة العدل مديرية التشريع .

2) مجلة التربية — الجزائر .

3) مجلة آمال — الجزائر .

4) مجلة الوحدة — الجزائر .

5) جريدة الوصل — الجزائر .

6) المجلة الطبية لاتحاد الاطباء العرب — تونس .

7) مجلة المحاماة — دمشق .

8) مجلة المحاماة — مصر .

9) المجلة الجنائية القومية — مصر .

10) ادارة قضايا الحكومة — مصر .

11) مجلة القانون والاقتصاد — مصر .

12) مجلة التشريع والقضاء — مصر .

13) مجلة مصر المعاصرة — مصر .

14) آفاق عربية — بغداد .

15) الطالب العربي — دمشق .

16) الوطن العربي — باريس .

17) الموقف الادبي عدد : 101 دمشق .

18) المرأة — بغداد .

ثانيا : المكتب الاجتماعيه :

1) مبارك الميلـــي : — تاريخ الجزائر — الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر — 1976 .
2) عبد الله شريط : د — الفكر الاخلاقي عند ابن خلدون — الشركة الوطنية للنشر والتوزيع — الجزائر : 1976 .
3) عمار بوحوش : د — تطور النظريات والانظمة السياسية — الشركة الوطنية للنشر والتوزيع — الجزائر — 1975 .
4) تركي رابح : د — التعليم القومي والشخصية الوطنية — دراسات تربوية للشخصية الجزائرية — الشركة الوطنية للنشر والتوزيع — الجزائر — 1975 .
5) عبد القادر زبادنيه : د — العهد التركي في الجزائر — مطبوعات دبلوم الدراسات العليا — جامعة الجزائر 1975
6) حمدان عثمان خوجه : — المرآة — تعريب محمد العربي الزبيري — الجزائر .
7) د : أرحمند كوران : السياسة العثمانية تجاه الاحتلال الفرنسي للجزائر — (1927 — 1947) تعريب عبد الجليل التميمي تونس — ط 2 : 1974 .
8) توفيق مراد : — تاريخ المغرب العربي العام .
9) فيليب حتي : — موجز تاريخ الشرق الادني — تعريب : انيس فريحه — دار الثقافة — بيروت .
10) جورجي زيدان : — العرب قبل الاسلام — 1969 .
11) د : حسن شحاته سعفان : — علم الانسان (الانتروبولوجيا) منشورات مكتبة العرفان — بيروت : 1966 .
12) الشاطبي : — الموافقات في اصول الشريعة الاسلامية — طبعة المكتبة التجارية — القاهرة .
13) ابن القيم : — أعلام الموقعين — المكتبة التجارية القاهرة : 1955 .
14) سعيد عبد الفتاح عاشور : — حضارة ونظم اوربا في القرون الوسطى — دار النهضة — بيروت : 1976 .
15) سليمان البستاني : — الياذة هوميروس — ط 1 : المكتبة الكاثوليكية بيروت 1955 .
16) سميح عاطف الزين : — الانسان ~~و~~ ~~و~~ثقافته الانسان — بيروت 1968 .

17) محمود الشرقاوي : — الدين والضمير — دار العلم للملايين — ط2 — بيروت — 1964 .

18) د : علي حسني الخربوطلي : — عشر ثورات في الاسلام — دار الآداب — ط 2 : بيروت — 1973 .

19) د أغ ممير شولسد : — لنبدأ المسيرة — الشركة الوطنية للنشر والتوزيع — الجزائر — 1980 .

20) د : عادل العوا : — الفدا مبادئ الاخلاق قيمة — مطبعة جامعة دمشق جزءان — ط 3 : 1964 .

21) يوحنا قمير : — ابن الفارض — مقدمات في التصوف — ط 3 المطبعة الكاثوليكية — بيروت . فلاسفة العرب(1)

22) تغريبة بني هلال : — ورحلتهم الى بلاد الغرب — وحروبهم مع الزناتي خليفة — مطبعة اليوسفية — شارع محمد علي بمصر .

23) محجوب بن ميلاد : — تحريك السواكن — في سبيل السنة الاسلامية دار بوسلامة للطباعة والنشر — تونس : 1962 .

24) جوزيف الهاشم : — الفارابي — أعلام الفكر العربي (10) المكتب التجاري — ط 2 — بيروت — 1963 .

25) د : سعيد الافغاني : — الاسلام والمرأة — دار الفكر — ط 3 بيروت 1970 .

26) ابن رشد : — فلسفة ابن رشد — منشورات دار الآفاق الجديدة ط 2 — بيروت : 1979 .

27) جورج سباين : — تطور الفكر السياسي — الكتاب الرابع — ترجمة : علي ابراهيم السيد — دار المعارف بمصر — القاهرة — 1971 .

28) جان مينو : — الجماعات الضاغطة — ترجمة : بهيج شعبان منشورات عويدات — ط 1 بيروت — 1971 .

29) ماكارنكو : التربية الاشتراكية — ترجمة ادييب يوسف شيش — دار الفكر .

30) اندلوان بلتيه — وجان جاك غوبلو : — المادية التاريخية وتاريخ الحضارات — دار الحقيقة ط 1 — بيروت : 1980 .

31) د : رسمية علي خليل : — الارشاد النفسي — مكتبة الانجلو المصرية القاهرة — 1963 .

32) د : شكري فيصل : — المجتمعات الاسلامية في القرن الأول — دار الملايين — ط 4 — بيروت 1973 .

33) د : حسن صعب : — الاسلام وتحديات العصر — دار العلم للملايين — ط 4 — بيروت — 1979 .

65) د : محمد عاطف غيث : — دراسات في تاريخ التفكير واتجاهاته النظرية في علم الاجتماع — دار النهضة العربية — 1975 بيروت.

66) مونيك بيتر : — المرأة عبر التاريخ : ترجمة : هنريت عبودي، دار الطليعة — ط1: بيروت 1979 .

67) دانيد . د : رتستاين : — آفاق الطب الحديث — تعريب : محمود الأكحل — منشورات دار الآفاق الجديدة — بيروت 1967 .

68) د : موسى محمد عرب : — لمحات عن التراث الطبي العربي — منشأة المعارف الاسكندرية — 1975 .

69) د : أحمد شوكت الشطي : — تاريخ الطب وآدابه وأعلامه — مطبعة داربيس — دمشق : 1967 .

70) جان بول سارتر : — الوجودية مذهب انساني — منشورات دار مكتبة الحياة .

71) ع . آل شلبي : — الحقيقة يبقى سؤلا — دار اليقظة العربية دمشق — بيروت : 1967 بل ز1971 .

72) د : عبد الحميد البطريق : — التاريخ الأوربي الحديث — دار النهضة د : عبد العزيز نوار : العربية — بيروت : 1971 . ٣٨٤١٠٠

73) أريك فروم : — المجتمع السليم — تعريب : محمود محمود — مكتبة الانجلو المصرية — القاهرة : 1960 .

74) د : سبوك : — مشاكل الآباء في تربية الأبناء — المؤسسة العربية للدراسات والنشر — ط3 بيروت 1980 .

ثانيا : المراجع الأجنبيـة :

آ ـ با لفرنسية :

i °

1) gaston Stefani _
Geores Levasseur: Droit Pénal GENERAL - 3é Edition 1968.
9é Edition - 1976 - Dallos - Paris.

2) Gaston stefani et Georges Levasseur: Procédure Pénale - 9° Edition 1975 - Dallos- Paris.

3) = = = = = Droit Pénal général et criminologie Paris - 1957.

4) Vidal (G) et Magnol(J) : Cours de droit Criminal et de Science Pénitentiaire- 8é Ed Paris - 1935.

5) Roux (J) Cours de droit criminal - Francais 2° Edition - 1927.

6) Donnedieu de Fabres : Traité élémentaire de droit criminal - 1947.

7) Dalloz Code Pénal annoté 1881 - 1899.

8) Garraud Traité Théorique et pratique de droit Pénal Français 3° ed 1913 - 1935.

9) Garçon Code Pénal annoté - 1901 - 1911.

10) Gabriel Marty1 -
Pierre Raynaud : Droit civil - 2° Ed- nouvelle Ed - Refondue dt mise à jour par Rousselet Patin - Maro Ancele - Paris 1980.

11) Michel délugiart : Cours d'e droit civil tome I. 8° Ed- Edition Montchrestien. Paris - 1974.

12) Bouzat Traité Théorique et Pratique de Droit Pénal 1951.

I3) Bonnard	Précis de droit Administrative 5° Ed- Paris - I943.
I4) Duguit	Traité du droit constitutionnel 2° Ed- Paris - I92I - I925.
I5) JéZe	Principe Généraux de droit Administratif. 3° Ed I925-I926.
I6) Houriou	Précis de droit Administratif I2° Ed. - I928.
I7) Waline Marcel	Droit Administratif. 9é Ed Paris - I963.
I8) = =	Traité élémentaire de Droit Administratif. 5° Ed- I950.
I9) Josserand	L'esprit des droits et leur relativité Théorie dites de l'Abus des Droits. 3° Ed. Paris I939.
20) Bouzat (P) et Pinatel (J)	Traité de Droit Pénal et Criminologie- Paris I963.
2I) Raymond Thomas	Masculation au Service Tous les Sports- Edition Amphora. S . A. Paris I978.

ب – بالانكليزية :

I) Bromley S — Family Law -London 1966.

2) Lundberg G — Foundation Of Sociology - New YourK - 1939.

3) Dodd ; S — Dimensions Of Society. New YourK - 1942 .

4) Ogburn . Nimkoff — AhandBooK Of Sociology - London - 1959 .

5) Merton . R — Social Theory And Social Structure N. Y. 1962 .

6) Karl Marx — The Economie And Philosophie Manuscripts Of - 1844 . Moscow - 1961.

7) Herbet . Marcuse — Reason And Révolution - Boston - 1954.

8) Clark - Marshal — The Law Of Crimes 6° Ed Chicago - 1958 .

9) Giles (F.T) — The Criminal Law London 1961.

10) Ratanlal (R) And Thakore (D) — The Law Of Crimes 2° Ed. Bombay - 1961 .

→

الفهرس :